



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO**  
**DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE “CESARE BECCARIA”**  
**DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE “CESARE BECCARIA”**  
**CURRICULUM DIRITTO PENALE E PROCESSUALE PENALE**  
**XXX CICLO**

Tesi di dottorato di ricerca

**RESPONSABILITÀ COLPOSA**  
**“PER FATTO ALTRUI”**

**DIRITTO PENALE (IUS/17)**

Tutor interno: Prof. Carlo BENUSSI

Tutor esterno: Chiar.mo prof. Francesco VIGANÒ

Coordinatore: Chiar.mo prof. Claudio LUZZATI

Candidato: Marco MARIOTTI

Matricola: R10951 – R31

**a.a. 2016-2017**



*Ad Alessandra,  
Alessandro,  
Francesca,  
Giulia,  
Maria Chiara,  
Nicola,  
Sara  
e Stefano,*

*che hanno creduto in me, soprattutto quando io non vi riuscivo più!*



« No man is an island, entire of itself; every man is a piece of the  
continent, a part of the main [...] »

« *Nessun uomo è un'isola, completo in se stesso; ogni uomo è un pezzo  
del continente, una parte del tutto [...] »*

(John *DONNE* – Thomas *MERTON*)



# Indice

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

## CAPITOLO I

PREMESSE E ALCUNI ESEMPI DI RESPONSABILITÀ COLPOSA “PER FATTO ALTRUI” .....	5
---	---

1. Una provocazione: la responsabilità colposa “per fatto altrui” .....	6
---	---

2. Delimitazione dell’oggetto di studio.....	9
--	---

3. Casistica.....	13
-------------------	----

3.1. Primo gruppo: più soggetti agenti causano la lesione di un bene giuridico altrui ( $A + B \rightarrow R$ ) .....	16
--	----

3.1.1. Primo sottogruppo – Condotta attiva di A, condotta attiva dolosa di B .....	17
---	----

3.1.2. Secondo sottogruppo – Condotta omissiva di A, condotta attiva dolosa di B .....	19
---	----

3.1.3. Terzo sottogruppo – Condotta attiva di A, condotta attiva non dolosa di B .....	21
---	----

3.1.4. Quarto sottogruppo – Condotta omissiva di A, condotta attiva non dolosa di B .....	24
--	----

3.1.5. Quinto sottogruppo – Condotta attiva di A, condotta omissiva dolosa di B .....	25
--	----

3.1.6. Sesto sottogruppo – Condotta omissiva di A, condotta omissiva dolosa di B .....	27
---	----

3.1.7. Settimo sottogruppo – Condotta attiva di A, condotta omissiva non dolosa di B .....	28
---	----

3.1.8. Ottavo sottogruppo – Condotta omissiva di A, condotta omissiva non dolosa di B .....	29
--	----

3.2.	Secondo gruppo: un soggetto contribuisce con la vittima stessa alla lesione di un bene giuridico ( $A + V \rightarrow L$ ) .....	30
3.2.1.	<i>Nono sottogruppo – Condotta attiva di A, comportamento “attivo doloso” di V</i> .....	32
3.2.2.	<i>Decimo sottogruppo – Condotta omissiva di A, comportamento “attivo doloso” di V</i> .....	33
3.2.3.	<i>Undicesimo sottogruppo – Condotta attiva di A, comportamento “attivo non doloso” di V</i> .....	34
3.2.4.	<i>Dodicesimo sottogruppo – Condotta omissiva di A, comportamento “attivo non doloso” di V</i> .....	36
3.2.5.	<i>Tredicesimo sottogruppo – Condotta attiva di A, comportamento “omissivo doloso” di V</i> .....	37
3.2.6.	<i>Quattordicesimo sottogruppo – Condotta omissiva di A, comportamento “omissivo doloso” di V</i> .....	37
3.2.7.	<i>Quindicesimo sottogruppo – Condotta attiva di A, comportamento “omissivo non doloso” di V</i> .....	38
3.2.8.	<i>Sedicesimo sottogruppo – Condotta omissiva di A, comportamento “omissivo non doloso” di V</i> .....	39
4.	<b>Le note relazionali della responsabilità di A</b> .....	40
4.1.	Le note relazionali nelle ipotesi di interazione tra due soggetti agenti ( $A + B \rightarrow R$ ).....	41
4.2.	Le note relazionali nelle ipotesi di interazione tra un agente e la vittima ( $A + V \rightarrow L$ ): le ragioni di un’analisi in parallelo .....	44
4.3.	Ulteriori variabili.....	46
5.	<b>Riassumendo: l’oggetto della nostra indagine</b> .....	48



## CAPITOLO II

LE NOTE RELAZIONALI NEL FATTO TIPICO.....	51
1. Una questione preliminare: la distinzione tra azione e omissione .....	52
1.1. La nozione di condotta. Un genus comune ad azione e omissione? .....	55
1.2. Le nozioni di azione e omissione e i possibili criteri distintivi tra l'una e l'altra.....	63
1.2.1. <i>Il criterio dell'introduzione, dell'aumento o del mancato contrasto del rischio per il bene giuridico</i> .....	74
1.3. Il c.d. "momento omissivo della colpa" .....	78
2. Le note relazionali del fatto tipico nelle fattispecie attive: i problemi legati al nesso di causalità.....	87
2.1. Le concause nelle fattispecie commissive .....	90
2.1.1. <i>La permanenza del nesso causale tra la condotta di A e l'evento: le ipotesi riconducibili all'art. 41, commi 1 e 3 c.p.; la causalità addizionale; il diverso caso della causalità ipotetica</i> .....	90
2.1.2. <i>L'interruzione del nesso causale: le ipotesi riconducibili all'art. 41, comma 2 c.p. e il dibattito sul suo significato per l'ordinamento italiano</i> .....	96
2.2. La causalità motivazionale.....	111
3. Le note relazionali del fatto tipico nelle fattispecie omissive .....	129
3.1. Le differenze in termini di "relazionalità" tra fattispecie omissive proprie e improprie .....	131
3.2. La relazionalità nel fatto tipico dei reati omissivi impropri: l'individuazione dei soggetti garanti e l'obbligo giuridico di impedire l'evento.....	148
3.2.1. <i>La ratio legis: perché l'ordinamento prevede l'obbligo di impedire un reato altrui</i> .....	149

3.2.2. A quali tipi di reati si applica la clausola dell'art. 40, comma 2?.....	155
3.2.3. Le fonti dell'obbligo di impedimento e la posizione di garanzia: un dibattito aperto.....	163
3.2.4. Il confronto con l'ordinamento tedesco .....	182
3.2.5. Una proposta di sintesi.....	195
3.3. La relazionalità nel fatto tipico dei reati omissivi impropri: l'equivalenza tra agire e omettere.....	238
3.4. Le peculiarità del nesso causale nei reati omissivi.....	243
3.4.1. La tesi della diversità strutturale tra causalità attiva e omissiva ...	244
3.4.2. La tesi della sostanziale identità tra causalità attiva e omissiva....	248
3.4.3. Una diversa prospettiva: la parziale sovrapposizione tra accertamento del nesso di causalità e accertamento del carattere colposo della condotta nei reati omissivi.....	251
3.4.4. La tesi della non coincidenza tra causalità attiva e omissiva .....	254

### CAPITOLO III

LE NOTE RELAZIONALI NELLA COLPA .....	257
1. In cerca della “colpa relazionale” .....	258
1.1. In particolare: la natura relazionale della colpa penale.....	264
2. Il principio di affidamento: una nota relazionale di limitazione della responsabilità di A.....	267
2.1. Le funzioni e il fondamento del principio di affidamento .....	269
2.2. L'ambito applicativo e i limiti.....	272
2.3. Il problema dell'interferenza tra il principio di affidamento e la prevedibilità dell'evento (cenni) .....	277

3.	Il legame tra la condotta colposa di A e l'evento immediatamente riconducibile alla condotta di B o V: la relazionalità nei nessi tra la colpa e l'evento e nella teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento .....	280
4.	In conclusione: la necessità di un equilibrio differenziato .....	289

## CAPITOLO IV

### LE NOTE RELAZIONALI NELLA PLURISOGGETTIVITÀ COLPOSA:

LA COOPERAZIONE COLPOSA E IL CONCORSO COLPOSO NEL REATO DOLOSO .....	297
1. Due note relazionali segnate da grandi incertezze .....	298
2. La cooperazione colposa .....	300
2.1. La genesi storica, il significato del termine "cooperazione" e i rapporti con l'art. 110 c.p. ....	301
2.2. Quale contributo di A? .....	306
2.2.1. Il significato del termine "evento" nell'art. 113 c.p. ....	306
2.2.2. Il contributo causale di A .....	309
2.2.3. L'elemento soggettivo: il cuore del problema .....	314
2.3. La distinzione tra la cooperazione colposa e il concorso di cause indipendenti .....	345
2.4. Il punto di fuga dei problemi della cooperazione colposa: funzione incriminatrice o funzione di disciplina? .....	352
2.4.1. La tesi della mera funzione di disciplina .....	355
2.4.2. La tesi della limitata funzione incriminatrice per i delitti colposi di evento a forma vincolata, di mera condotta e propri .....	356
2.4.3. Una funzione incriminatrice anche per i delitti colposi causalmente orientati? .....	362
2.5. Una figura troppo problematica, una figura sopravvalutata .....	363

3.	Il concorso colposo nel reato doloso .....	371
4.	L'omesso impedimento colposo del reato altrui e i rapporti con le fattispecie plurisoggettive colpose .....	379
4.1.	Prima tesi: l'inammissibile interferenza sul piano dell'incriminazione tra l'art. 40, comma 2 e le forme di manifestazione plurisoggettiva colposa .....	381
4.1.1.	<i>L'inammissibilità dell'equivalenza tra il termine "evento" dell'art. 40, comma 2 c.p. e il fatto illecito altrui.....</i>	<i>381</i>
4.1.2.	<i>Le conseguenze: l'art. 113 c.p. non può estendere l'area delle condotte penalmente rilevanti ex art. 40, comma 2 c.p. Residualità della funzione di disciplina. L'ammissibilità di una "combinazione" tra le due forme di manifestazione.....</i>	<i>384</i>
4.2.	Seconda e terza tesi: l'indipendenza dell'art. 40, comma 2 dalle forme di manifestazione plurisoggettiva colposa .....	387
4.2.1.	<i>L'equivalenza tra il concetto di "evento" di cui all'art. 40, comma 2 e quello di fatto illecito altrui .....</i>	<i>387</i>
4.2.2.	<i>Seconda tesi: l'art. 40, comma 2 integra di per sé una forma concorsuale di responsabilità.....</i>	<i>391</i>
4.2.3.	<i>Terza tesi: l'art. 40, comma 2 come fonte di responsabilità non concorsuale .....</i>	<i>393</i>
	CONCLUSIONI .....	395





# Introduzione

Questo lavoro ha per oggetto una particolare forma di responsabilità colposa, quella “per fatto altrui”. La locuzione che abbiamo scelto si riferisce a tutti quei casi in cui un soggetto che ha tenuto una condotta colposa, attiva od omissiva, risponde penalmente anche se la lesione del bene giuridico protetto *non è stata da lui direttamente provocata*, ma è piuttosto *immediatamente riconducibile ad un altro soggetto*.

A prima vista, una simile forma di responsabilità sembrerebbe violare il principio della personalità della responsabilità penale, affermato dall’art. 27, comma 1 della Costituzione, e non essere dunque ammissibile nel nostro ordinamento.

Eppure, la prassi ci consegna molte ipotesi in cui il risultato pregiudizievole per uno o più beni giuridici è il prodotto finale dell’interferenza tra i comportamenti di due o più soggetti che sono coinvolti nella stessa attività e/o interagiscono tra loro. In un primo gruppo di ipotesi, tutti gli agenti tengono una condotta eterolesiva: pensiamo, ad esempio, all’organizzazione gerarchica all’interno di un’azienda o di un ospedale, dove il subordinato realizza materialmente la condotta lesiva, mentre il responsabile omette di controllarlo; alla guardia giurata che non riesce ad impedire ad un malintenzionato di iniziare una sparatoria in un luogo aperto al pubblico; a due ragazzi che si sfidano ad una gara di velocità clandestina con le loro fuoriserie, nel corso della quale uno dei due finisce per travolgere un pedone.

Non meno ricca è la casistica in cui un soggetto risponde a titolo di colpa per la condotta autolesiva altrui: si pensi allo psichiatra che ha in cura un detenuto il quale si suicida in carcere; al bagnino che è di turno a bordo piscina mentre un ragazzino scivola e batte violentemente la testa.

L’elenco potrebbe continuare a lungo: la realtà dei rapporti sociali ci presenta, infatti, numerosi contesti caratterizzati, per così dire, da una plurisoggettività *de facto*: diversi consociati sono coinvolti materialmente nella realizzazione di un’offesa che appare come il risultato complessivo di *tutte* le loro condotte.

Quali sono, allora, i profili di responsabilità per il soggetto cui *non è immediatamente riconducibile* la lesione o – il che è lo stesso – la cui condotta *non è la più prossima, dal punto di vista spaziale e/o temporale e/o logico* alla lesione? Adattando il quesito ai casi di interazione con chi tiene un comportamento autolesivo, qual è la responsabilità di chi ha assistito a tale comportamento, ha contribuito attivamente a determinarlo, o era chiamato a prevenirlo e impedirlo? Riconoscere una responsabilità penale a carico di questi soggetti comporta sempre la violazione di un precetto costituzionale tanto essenziale per l'ordinamento penalistico, come la personalità della responsabilità? Oppure esistono alcuni strumenti che consentono di muovere un rimprovero a tale soggetto, rimanendo nell'alveo dei caratteri costituzionali della responsabilità penale?

La nostra ricerca ha preso le mosse da queste domande. In particolare, l'analisi si concentra sugli elementi che legano la responsabilità di un agente alla condotta degli altri soggetti e, mediamente, alla realizzazione dell'offesa al bene giuridico.

Siamo infatti persuasi che la fondazione o la parametrizzazione della responsabilità di un soggetto possa dipendere *anche* dalla condotta tenuta da un altro, dalla natura dolosa o colposa di questa, da tutte quelle circostanze che rappresentano l'intreccio fattuale tra i due comportamenti. Conieremo l'espressione “note relazionali” per indicare i tratti che esprimono sul piano giuridico il legame tra le responsabilità, che corrisponde al legame sul piano materiale tra i due comportamenti umani: nella costruzione della responsabilità di chi è più lontano dalla lesione vi sono degli elementi (le “note”) che richiamano alla responsabilità di chi vi è più prossimo.

Nel corso di questo lavoro esploreremo gli istituti giuridici che – a nostro modo di vedere – descrivono questo legame e, pertanto, esprimono la relazionalità tra i comportamenti dei vari soggetti. Queste “note relazionali” sono presenti in diversi elementi della responsabilità colposa, e corrispondono a diversi istituti giuridici. Esamineremo, dapprima, quelle concernenti il fatto tipico: i problemi dell'interruzione del nesso causale ad opera della condotta di un altro agente, la c.d. “causalità psichica” (cioè l'influenza della condotta di un soggetto sulla determinazione ad agire o ad omettere di un altro), la fondazione dell'obbligo giuridico di impedire un evento pregiudizievole a carico di un altro soggetto, o di impedire il reato altrui, sono soltanto



alcuni esempi di un legame tra le due responsabilità già a livello della definizione delle condotte tipiche.

Proseguendo nella nostra analisi, ci soffermeremo poi sul problema della relazionalità all'interno della colpa. Cercheremo di rinvenire il fondamento della locuzione "colpa relazionale", e ne esamineremo il significato, studiando, in particolare, il principio di affidamento quale strumento che può escludere il legame tra le responsabilità dei due soggetti, ma che tuttavia non può operare in modo indiscriminato. Osserveremo poi la grande complessità dell'accertamento dei c.d. "nessi tra la colpa e l'evento" laddove tra la condotta di un agente e il risultato finale si frapponga la condotta di un secondo soggetto, che dovrà essere oggetto di valutazione e di prognosi da parte del primo.

Da ultimo, esamineremo le "note relazionali" che si traducono in due discusse forme di manifestazione del reato a carattere plurisoggettivo: la cooperazione colposa e il concorso colposo in reato doloso. Si tratta davvero di istituti "senza pace", dal momento che sono state avanzate molteplici obiezioni in merito alla loro struttura, alla loro legittimità e persino – e soprattutto – alla loro utilità. Ci impegneremo nell'esame delle principali posizioni dottrinali e giurisprudenziali, indicando una conclusione radicale proprio a partire dalla valutazione del *quid pluris* che questi istituti possono fornire rispetto all'imputazione in forma monosoggettiva.

Il nostro studio vuole indagare se queste "note relazionali" corrispondano ad istituti giuridici adeguatamente sviluppati e capaci di cogliere le diverse sfumature del legame tra i comportamenti dei consociati, consentendo una distribuzione della responsabilità penale priva di incertezze e asperità dogmatiche e concettuali. Incontreremo, nel corso dell'analisi, istituti che, al di là della (apparente) complessità, hanno raggiunto un adeguato sviluppo concettuale e non pongono all'interprete insormontabili sfide; al contrario, in altri casi avremo modo di osservare che le incertezze dogmatiche e applicative costituiscono un notevole fardello che genera serie difficoltà per l'adeguata rappresentazione del legame relazionale tra le responsabilità dei consociati.

Evidenzieremo, poi, come le “note relazionali” non siano tratti eccezionali di una particolare e negletta tipologia di responsabilità colposa, ma, al contrario, caratteri che emergono frequentemente nei contesti – sempre più frequenti nella realtà contemporanea – in cui più soggetti si trovano ad operare insieme, e forniscono un apporto alla realizzazione della lesione.

In tutti questi casi è pertanto imprescindibile la verifica delle “note relazionali”: ignorarle significherebbe illudersi che quel soggetto operi in modo del tutto isolato, quasi come una monade, con errori potenzialmente rilevanti nella determinazione della sua responsabilità. La verifica della loro sussistenza può, certamente, essere anche funzionale alla conclusione che l’interazione tra le due responsabilità è solo apparente, e, pertanto, solamente uno dei soggetti coinvolti è responsabile (per esempio, per l’interruzione del nesso eziologico tra la condotta dell’altro e l’evento finale): ovviamente, non tutte le forme di responsabilità colposa risultano *in concreto* colorate di questi accenti relazionali, nonostante la realtà fattuale sembri suggerire questo legame.

Ciò che, invece, è sempre necessario, una volta constatata la sussistenza di una plurisoggettività *de facto*, è l’analisi che verifichi se queste “note” siano o meno presenti. E non si tratta – lo ribadiamo – di un’indagine che si distacca completamente da quella della responsabilità “tradizionale”; al contrario, proprio quel percorso che conduce l’interprete, e il giudice, alla verifica della responsabilità penale di un soggetto non potrà che passare dall’esame dei vari elementi del reato dove sono collocati gli istituti giuridici che esprimono queste “note”.

# Capitolo I

## Premesse e alcuni esempi di responsabilità colposa “per fatto altrui”

SOMMARIO – 1. Una provocazione: la responsabilità colposa “per fatto altrui” – 2. Delimitazione dell’oggetto di studio – 3. Casistica – 3.1. Primo gruppo: più soggetti agenti causano la lesione di un bene giuridico altrui ( $A + B \rightarrow R$ ) – 3.1.1. Primo sottogruppo - Condotta attiva di A, condotta attiva dolosa di B – 3.1.2. Secondo sottogruppo - Condotta omissiva di A, condotta attiva dolosa di B – 3.1.3. Terzo sottogruppo - Condotta attiva di A, condotta attiva non dolosa di B – 3.1.4. Quarto sottogruppo - Condotta omissiva di A, condotta attiva non dolosa di B – 3.1.5. Quinto sottogruppo - Condotta attiva di A, condotta omissiva dolosa di B – 3.1.6. Sesto sottogruppo - Condotta omissiva di A, condotta omissiva dolosa di B – 3.1.7. Settimo sottogruppo - Condotta attiva di A, condotta omissiva non dolosa di B – 3.1.8. Ottavo sottogruppo - Condotta omissiva di A, condotta omissiva non dolosa di B – 3.2. Secondo gruppo: un soggetto contribuisce con la vittima stessa alla lesione di un bene giuridico ( $A + V \rightarrow L$ ) – 3.2.1. Nono sottogruppo - Condotta attiva di A, comportamento “attivo doloso” di V – 3.2.2. Decimo sottogruppo - Condotta omissiva di A, comportamento “attivo doloso” di V – 3.2.3. Undicesimo sottogruppo - Condotta attiva di A, comportamento “attivo non doloso” di V – 3.2.4. Dodicesimo sottogruppo - Condotta omissiva di A, comportamento “attivo non doloso” di V – 3.2.5. Tredicesimo sottogruppo - Condotta attiva di A, comportamento “omissivo doloso” di V – 3.2.6. Quattordicesimo sottogruppo - Condotta omissiva di A, comportamento “omissivo doloso” di V – 3.2.7. Quindicesimo sottogruppo - Condotta attiva di A, comportamento “omissivo non doloso” di V – 3.2.8. Sedicesimo sottogruppo - Condotta omissiva di A, comportamento “omissivo non doloso” di V – 4. Le note relazionali della responsabilità di A – 4.1. Le note relazionali nelle ipotesi di interazione tra due soggetti agenti ( $A + B \rightarrow R$ ) – 4.2. Le note relazionali nelle ipotesi di interazione tra un agente e la vittima ( $A + V \rightarrow L$ ): le ragioni di un’analisi in parallelo – 4.3. Ulteriori variabili – 5. Riassumendo: l’oggetto della nostra indagine

## **1. Una provocazione: la responsabilità colposa “per fatto altrui”**

“La responsabilità penale è personale”<sup>1</sup>. La formulazione cristallina del primo comma dell’art. 27 della nostra Carta fondamentale scolpisce un limite invalicabile nell’individuazione dei soggetti cui può essere mosso un rimprovero penalistico e quindi applicata una pena: ciascuno dovrà rispondere per quel che ha fatto (o ha omesso di fare), nessuno potrà subire una limitazione della propria libertà personale, essere forzato a versare una somma di denaro in seguito ad una sanzione penale, o vedere registrata una condanna sul proprio casellario giudiziale in seguito all’accertamento processuale di un fatto commesso da altri. Si tratta, come noto, di un principio di civiltà giuridica del mondo moderno, uno dei cardini su cui ruota l’intero sistema della responsabilità penale, dai profondi risvolti sul piano sostanziale e processuale.

Parrebbe dunque completamente privo di significato ipotizzare una responsabilità colposa per un fatto commesso da altri: ogni norma così formulata non potrebbe che cadere certamente sotto la scure dell’incostituzionalità.

Eppure, vi sono casi in cui la condotta di un soggetto e la sua responsabilità sembrano inestricabilmente legate al comportamento di un altro. Immaginiamo un soggetto B che con la propria condotta attiva od omissiva, dolosa o colposa lede o mette in pericolo un bene giuridico individuale o collettivo. Un altro soggetto – che chiameremo A – è legato a B da un rapporto che può essere di varia natura: una posizione gerarchicamente sovraordinata, un legame funzionale (per esempio in virtù dei rispettivi ruoli nell’organigramma aziendale), una situazione fattuale che vede i due soggetti operare contingentemente (svolgendo gli stessi insieme un’attività più o meno pericolosa e autorizzata dall’ordinamento), oppure in successione logico-temporale fra loro.

---

<sup>1</sup> Art. 27, comma 1 Cost.

In alcune di queste situazioni, per il fatto lesivo commesso da B, potrà essere riconosciuta la responsabilità *anche – e, in casi limite, esclusivamente*<sup>2</sup> – di A, per aver influenzato in vario modo con la sua condotta il soggetto B, per non aver previsto i comportamenti lesivi o pericolosi di quest'ultimo, per non aver immaginato come B avrebbe potuto approfittare dei fattori di rischio già introdotti con la propria condotta, per non averlo controllato nonostante a ciò lo obbligasse la particolare posizione ricoperta, per averlo incoraggiato a tenere un comportamento pericoloso, etc.

Nel linguaggio comune si afferma in questi casi che A risponde “per un fatto commesso da B”: la lesione al bene giuridico appare immediatamente riconducibile a B; di talché un osservatore poco attento potrebbe affermare che la condotta di B è talmente preponderante da offuscare qualsiasi possibile contributo di A. Un semplice esempio è quello del chirurgo (B) che commette un errore durante un intervento; se è lui ad aver impugnat il bisturi e ad avere provocato una lesione al paziente, quale potrà mai essere la responsabilità del primario A, che non era presente durante l'intervento? Non è certo ad A che verrà immediatamente associata la condotta lesiva; anche nel linguaggio comune, è molto improbabile che nel riferire l'accaduto si dica: “il primario ha scelto imprudentemente un giovane chirurgo, che ha sbagliato durante l'intervento”, ma piuttosto si racconterà: “il chirurgo ha commesso un errore mentre operava; era d'altra parte inesperto, ed era stato selezionato per una discutibile opinione del primario”. La

---

<sup>2</sup> In ambito colposo si può immaginare il caso del passeggero di un'automobile A, mentre B è il guidatore; A conosce benissimo la strada, e sa che una velocità medio-alta, pur rispettosa del limite, è inadatta ad affrontare una curva pericolosa non segnalata. Per provare una scarica di adrenalina, convince B, che compie quel tragitto per la prima volta, a mantenere un'andatura sostenuta. B si fida e, all'uscita della curva, travolge un contadino che stava camminando lungo il ciglio della carreggiata. Dell'omicidio colposo risponde certamente A, mentre è assai probabile che il comportamento di B venga giudicato esente da colpa.

Un esempio corrispondente nell'ambito del dolo – che però esula dalla nostra analisi, come illustreremo poco oltre – è l'errore incolpevole determinato dall'altrui inganno di cui all'art. 48 c.p.: se A è un privato che inganna B, pubblico ufficiale, fornendogli una serie di dati falsi che poi quest'ultimo trasfonde in un atto pubblico, e occultando la verità con tanta abilità che B, nonostante i controlli, non si avvede dell'inganno, per il combinato disposto degli artt. 48 e 479 c.p. risponderà del reato il privato A.

lesione del bene protetto, il reato sembrano, per così dire, “appartenere” innanzitutto a B.

Così ragionando, si cadrebbe però in una sorta di “inganno prospettico” nell’osservare la dinamica plurisoggettiva che conduce alla lesione di un interesse protetto. L’analisi giuridica, al contrario, individua una responsabilità di A, che pure è presente e contribuisce alla realizzazione della lesione (nel nostro esempio, scegliendo un chirurgo non addestrato per quel tipo di procedura, o non informandolo del fatto che si troverà ad operare da solo), ed è quindi coinvolto nella produzione del risultato complessivo della vicenda.

Quale allora la dimensione della sua responsabilità?

Proprio in ragione dell’intreccio fattuale e/o normativo tra i due, la natura, la struttura e la misura della responsabilità di A *dipendono anche* (sia pur non esclusivamente) dalla condotta e dall’atteggiamento psicologico di B. A risponde quindi *in dipendenza* dal fatto di B. In altre parole, il comportamento di B, debitamente qualificato in termini giuridici, è un *fattore* imprescindibile per comprendere *se e in che misura* il comportamento di A sia suscettibile di un rimprovero penalistico in quella situazione concreta. Non possiamo pretendere di giudicare A, di affermare se egli si sia comportato conformemente o meno alle pretese ordinamentali senza valutare cosa B abbia fatto, o stia ancora facendo, se A ne fosse o meno a conoscenza, se fosse obbligato a conoscere e a controllare il comportamento di B, se l’abbia convinto o incoraggiato a tenere un certo comportamento, quali avrebbero potuto essere gli effetti del comportamento alternativo lecito di A sulla condotta di B e quindi sulla commissione del reato, quale fosse la possibilità per A di prevedere come B si sarebbe comportato, etc. Pertanto, in tutti i casi oggetto della nostra analisi, ciò che B fa (o non fa) è uno degli elementi intrinseci alla valutazione del comportamento di A.

Lo scopo del nostro studio è comprendere – in un ordinamento basato sul solenne divieto di responsabilità per fatto altrui, di cui all’art. 27, comma 1 Cost. – quali siano gli spazi per affermare una così stretta connessione tra la responsabilità di A e il comportamento e la responsabilità di B; quali siano gli istituti penalistici che meglio consentono di rappresentare questo legame e se costituiscano strumenti adeguati ad individuare correttamente la responsabilità di A.

Possiamo allora cominciare a delineare il quesito di fondo della nostra indagine: *a quali condizioni un soggetto (A) può essere chiamato a rispondere penalmente per una lesione di un bene giuridico immediatamente riconducibile ad un altro soggetto (B)? In che senso la responsabilità di A si lega al comportamento di B?*

## 2. Delimitazione dell'oggetto di studio

Per meglio definire l'oggetto della nostra indagine, è necessario formulare alcune precisazioni e limitazioni del campo di ricerca, potenzialmente assai vasto.

Va chiarito che non ci interesseremo della responsabilità di tutti gli agenti in un contesto pluri-soggettivo, bensì esclusivamente di colui al quale non è immediatamente riconducibile la lesione del bene giuridico, cioè A. Riprendiamo l'esempio del primario A e del chirurgo B. La lesione o la messa in pericolo del bene giuridico può essere, dal punto di vista materiale, immediatamente determinata dall'azione umana di B (per esempio: un errore durante l'intervento), oppure da un fattore naturale nell'ipotesi in cui a B sia rimproverabile una condotta di tipo omissivo (per esempio: un soggetto arriva al pronto soccorso lamentando fortissimi dolori, e il medico non ordina i corretti esami diagnostici, e non riesce pertanto ad identificare la malattia, ovvero sceglie di intervenire chirurgicamente con la procedura sbagliata, peggiorando le già precarie condizioni del paziente).

Cosa significa, poi, che la lesione del bene protetto è immediatamente riconducibile a B?

Innanzitutto, ciò vuol dire che B è l'ultimo soggetto a tenere la condotta penalmente rilevante prima che venga realizzato l'evento lesivo: la sua condotta è quindi, dal punto di vista *temporale*, la più prossima al *tempus commissi delicti*, ed è a questo più vicina rispetto a quella di A. Nel nostro esempio, il primario affida il caso al chirurgo il giorno prima che questi intervenga.

Inoltre, la immediata riconducibilità della lesione a B si esprime con il criterio *spaziale*: B è il soggetto più vicino al *locus commissi delicti*, a differenza di A; nel nostro

esempio, il primario non può essere contemporaneamente presente in ognuna delle sale operatorie dove sono impegnati i medici del proprio reparto per garantire una costante vigilanza.

La maggiore distanza dalla realizzazione della lesione del bene giuridico di A rispetto a B si esprime altresì sul piano *logico*: se A ha il compito di controllare l'operato di B, di impedire che egli determini un danno o un pericolo, di sorvegliarlo, allora egli si pone chiaramente in una posizione che è logicamente più distante rispetto alla realizzazione materiale della lesione del bene giuridico da parte di B: A risponderà se i controlli, la sorveglianza o l'impedimento su B non hanno avuto effetto, dunque in dipendenza dall'eventualità e dalle modalità con cui B abbia tenuto il comportamento che l'ordinamento mirava a prevenire (il primario deve seguire la formazione del chirurgo, valutarne i successi e gli errori, controllare la sua idoneità ad operare). Similmente, A può essere gravato del dovere di modulare la propria condotta in considerazione dell'effetto che questa avrà su B, e della prevista reazione di quest'ultimo (il primario, stabilendo il piano operatorio, deve essere consapevole delle conseguenze delle sue decisioni quando seleziona i chirurghi in base alle loro competenze e assegna loro gli interventi e il personale di supporto).

Queste tre forme di prossimità di B alla lesione sono cumulabili tra loro; ma ci pare che sia sufficiente anche soltanto una di esse per individuare quale sia il soggetto a cui l'evento o il reato siano immediatamente riconducibili. Ciò che ci interessa studiare, esclusivamente dall'angolo prospettico di A, sono le modalità con cui la sua responsabilità è influenzata dalla condotta di B: quali sono i fattori in virtù dei quali possiamo attribuire ad A parte della responsabilità per una lesione immediatamente riconducibile a B, il soggetto ad essa più prossimo dal punto di vista spaziale e/o temporale e/o logico?

Segnaliamo poi che il comportamento di A deve essere ovviamente causale rispetto alla lesione del bene giuridico; diversamente, la condotta di A sarebbe del tutto irrilevante agli occhi dell'ordinamento penale. In caso di condotta attiva, tale requisito si traduce nella necessità che la stessa sia almeno una concausa, ai sensi dell'art. 41 c.p., per la produzione dell'evento-reato; in caso di condotta omissiva impropria, il requisito comporta che A sia gravato dall'obbligo giuridico di impedire la lesione al bene protetto



e che la sua omissione sia in concreto causa della realizzazione dell'evento pregiudizievole.

Il nostro studio sarà poi ulteriormente limitato alle situazioni in cui A agisce senza la coscienza e la volontà di ledere il bene giuridico offeso da B, neppure nei termini di dolo eventuale. Ci occuperemo esclusivamente dell'atteggiamento non doloso di A, per accertare se vi siano o meno gli estremi per un rimprovero colposo. L'analisi dei rilevanti problemi legati alla colpa in questo contesto di interazione escluderà, conseguentemente, il pur altrettanto ricco campo del concorso di persone nel reato *ex art. 110 ss. c.p.*, in cui pure vi può essere una responsabilità di A per un fatto di reato immediatamente riconducibile ad un altro soggetto B. Gli esempi potrebbero essere qui davvero sconfinati, tanto con riferimento al contributo materiale fornito da A (B progetta una rapina in banca, entra con una pistola nella filiale e si fa consegnare l'incasso minacciando di sparare ad un cliente; A gli ha procurato le armi e lo attende fuori al volante di un'automobile per darsi alla fuga), quanto al contributo esclusivamente morale (A subisce il furto della propria vettura da un suo acerrimo nemico, e decide di vendicarsi dando istruzioni a B di appiccare il fuoco nel negozio di proprietà del ladro, in cambio di una discreta somma di denaro).

Allo stesso modo, resterà estranea al nostro campo di indagine l'ipotesi particolare del concorso doloso di A nel fatto colposo commesso da B: immaginiamo che A sia il passeggero dell'automobile guidata da B e lo sfidi a tenere una velocità molto elevata su una strada cittadina, nella speranza che ad un incrocio cieco venga travolta l'edicola dove lavora Sempronio. B, sicuro delle proprie abilità di pilota, accetta la sfida ma all'incrocio perde il controllo, travolge l'edicola e provoca gravi lesioni a Sempronio. Per A in questo caso non si dovrebbe ipotizzare una responsabilità a titolo di colpa per un fatto di reato commesso da altri (cioè da B), bensì – semmai – una responsabilità dolosa per il fatto commesso colposamente da altri.

Ugualmente, dovremo escludere le ipotesi di errore determinato dall'altrui inganno disciplinate dall'art. 48 c.p. e qualificate dalla dottrina ora come casi di reità mediata (o di autoria mediata), ora come forme peculiari del concorso di persone nel reato. Immaginiamo che A sia un infermiere che vuole avvelenare Sempronio, da poco ricoverato nell'ospedale dove lavora. Per non essere scoperto, prepara una soluzione da

iniettare a Sempronio per via endovenosa, e la consegna al collega B, assicurandogli che si tratta di una semplice soluzione salina, che ha travasato in un altro contenitore per la rottura di quello originario. B, ignorando il protocollo sanitario dell'ospedale che gli imporrebbe di verificare il contenuto della soluzione e l'integrità della confezione, si fida di A e somministra la soluzione a Sempronio, avvelenandolo. A viene chiamato a rispondere per aver voluto il fatto di reato, e aver ingannato B perché lo realizzasse; B, al contrario, sarà imputato a titolo di colpa – stante la punibilità del fatto anche a titolo colposo –, perché avrebbe dovuto e potuto evitare l'errore prima di agire. Se vengono chiamati a rispondere tanto chi inganna quanto colui che è ingannato, questa ipotesi è assimilabile ad una particolare forma di concorso doloso nel fatto di reato commesso colposamente da altri.

Lo stesso schema di cui all'art. 48 c.p. può tuttavia vedere la partecipazione totalmente incolpevole di B: in una variante dell'esempio precedente, ipotizziamo che A, persona insospettabile che ha sempre tenuto un atteggiamento irreprendibile sul posto di lavoro, riesca a procurarsi una delle sacche in cui normalmente vengono conservate le soluzioni saline, a richiuderla con un sigillo del tutto corrispondente all'originale e ad applicarvi un'etichetta nuova. Nessuno al posto di B potrebbe sospettare che il preparato sia stato alterato, e la responsabilità ricadrà esclusivamente su A.

Rientreranno invece nel nostro studio tanto la cooperazione colposa, quanto il caso in cui A, pur senza il dolo di realizzare il fatto di reato, collabori materialmente o moralmente con B che invece vuole la lesione del bene giuridico: parte della dottrina e della giurisprudenza parla in questo caso di concorso colposo nel reato doloso, mentre altri escludono l'esistenza di questa figura. Esamineremo questo problema nell'ultima parte del nostro lavoro.

La nostra analisi, infine, si concentrerà sull'interazione tra persone fisiche e non prenderà in esame i casi di responsabilità dell'ente (dotato o meno della personalità giuridica), che pure potrebbero essere di grande interesse in una indagine sulla responsabilità "per fatto altrui". Una delle condizioni per affermare la responsabilità ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 è, in effetti, che l'ente tragga dal fatto di reato commesso da una persona fisica un interesse o un vantaggio; è pertanto evidente che la

condotta del soggetto più prossimo alla lesione (B, la persona fisica) è anche in questo caso condizione della responsabilità dell'ente (A). Rilevanti sono tuttavia le differenze dal punto di vista dogmatico e strutturale e la diversa *ratio* di distribuzione della responsabilità: altro, infatti, è rintracciare le condizioni per chiamare a rispondere singole persone fisiche, (magari membri dello stesso ente cui appartiene l'autore materiale che ha causato la lesione del bene giuridico), muovendo un rimprovero, per esempio, ai superiori gerarchici, a chi ha la responsabilità di controllo e di sorveglianza, a chi ha selezionato i soggetti che hanno materialmente realizzato la lesione; altro è affermare che per tale lesione sussista la responsabilità dell'ente, cioè di un soggetto collettivo che trascende i singoli membri nella loro individualità. Ovviamente, i due modelli non sono necessariamente in contraddizione tra loro, anzi sono complementari, e possono affiancarsi per fornire una più estesa risposta a complessi fenomeni criminosi.

Alla luce di queste prime delimitazioni, la nostra chiave di ricerca può essere allora precisata come segue: *il nostro obiettivo, in un contesto plurisoggettivo dove sussiste una relazione causale tra le condotte di tutti i soggetti coinvolti e la lesione al bene giuridico prodotta, è individuare le condizioni a cui l'ordinamento penale subordina la possibilità di riconoscere la responsabilità per la condotta colposa (attiva od omissiva) di una persona fisica A, in dipendenza dalla condotta (dolosa, colposa o incolpevole; attiva od omissiva) di un'altra persona fisica B, che è la più vicina alla lesione stessa dal punto di vista logico, e/o spaziale e/o temporale.*

### 3. Casistica

Dalla descrizione sin qui fornita del fenomeno della responsabilità di un soggetto dipendente da una condotta altrui si potrebbe essere indotti a pensare che si tratti di casi assolutamente sporadici, da collocare alla periferia del diritto penale "classico", incapaci di offrire particolari spunti di riflessione. La nostra impressione è invece diametralmente opposta: nelle pagine che seguono porteremo una serie di esempi, organizzati secondo una griglia che comprende varie categorie.

Le ragioni di questa scelta espositiva sono molteplici.

In primo luogo, a nostro giudizio, sono davvero molte le situazioni fattuali in cui, almeno potenzialmente, la responsabilità di uno dei soggetti coinvolti dipende anche dall'atteggiamento di un altro. Il primo scopo della casistica è, allora, quello di illustrare diversi casi, tratti dai più vari campi: responsabilità medica, infortuni sul lavoro, responsabilità di agenti e superiori delle Forze dell'Ordine, violazioni del codice della strada, responsabilità di soggetti garanti quali i genitori o gli psichiatri, etc.

Inoltre, poiché siamo convinti che le problematiche suscitate da questa peculiare forma di responsabilità colposa consentano di esplorare le risorse e i limiti di alcune categorie del diritto penale classico, nate per descrivere la responsabilità unipersonale, quando vengono trasposte ai contesti plurisoggettivi, il nostro auspicio è che gli esempi che introdurremo lascino già presagire non solo alcune questioni di particolare interesse, ma anche la loro applicazione alla realtà concreta. Nel corso della nostra analisi utilizzeremo i casi che ora elenchiamo come un costante richiamo all'applicazione pratica dell'elaborazione teorica.

Infine, questa tassonomia aspira ad illustrare alcune distinzioni e ad individuare dei *fil rouge* tra situazioni apparentemente del tutto simili, proponendo una prima classificazione di queste ipotesi, allo scopo di acquisire un ordine concettuale per meglio comprendere se le medesime teorie dottrinali e gli stessi orientamenti giurisprudenziali si possano applicare indistintamente a tutte le ipotesi, ovvero solo ad alcune.

Lo sguardo prasseologico ci appare dunque come un presupposto necessario e irrinunciabile per ordinare, comprendere e valutare in modo critico le diverse opinioni dottrinali e i risultati che emergeranno dall'analisi giurisprudenziale. Specialmente quando gli argomenti trattati presentano alcune asperità concettuali intorno a cui si è sviluppata una grande varietà di ricostruzioni e opinioni, con una notevole ricchezza (e forse un po' di confusione) terminologica e concettuale, non ci sembra consigliabile eludere il confronto con la prassi. Ogni teoria rischia di risultare del tutto sterile senza un costante riferimento alla realtà dei fatti cui dovrebbe applicarsi; inoltre, le multiformi sfaccettature della casistica sono fonte di problematiche sempre nuove da cui trarre spunto per adeguare e sviluppare le elaborazioni concettuali.

Per esplorare la casistica è innanzitutto necessario evidenziare le due principali categorie in cui possono rientrare le ipotesi di responsabilità legata ad un fatto altrui. Esse si distinguono a seconda della relazione tra il soggetto più prossimo alla lesione e il bene giuridico che viene leso.

Un primo gruppo riguarda i casi in cui B commette un reato offensivo di un bene giuridico di cui non è titolare: può trattarsi del bene di un terzo, ovvero di un bene collettivo e, in tal caso, l'agente non è tra coloro che in concreto sono stati vittime della vicenda criminosa. Per facilitare l'analisi, useremo in questo caso l'espressione " $A + B \rightarrow R$ ", dove R indica il reato che viene commesso.

Un secondo gruppo riguarda invece le ipotesi in cui il soggetto che realizza immediatamente la lesione è il titolare del bene giuridico individuale tutelato dalla norma incriminatrice o, in caso di beni collettivi, è una delle vittime del reato. Siamo quindi in presenza di condotte autolesive messe in atto da questo soggetto che indicheremo (non più con la lettera B, ma) con la lettera V (per sottolineare che è la vittima della vicenda), e ci domanderemo a quali condizioni delle sue azioni possa essere chiamato a rispondere A e come la dimensione "autolesiva" influisca sulla natura e sulla struttura della responsabilità di quest'ultimo. La formula che adotteremo in questo caso, pertanto, sarà " $A + V \rightarrow L$ ", in cui L indica la lesione del bene.

Entrambi i gruppi si ramificano poi in tanti sottogruppi distinti: per ciascuno proporrò un caso che ci sembra particolarmente iconico e significativo. Otterremo così una tassonomia di ben sedici casi, che richiamano ad altrettante ipotesi di interferenza tra le condotte degli agenti. I casi da noi assunti quali paradigmatici dei diversi sottogruppi non sono necessariamente formulati con riferimento ad una specifica vicenda realmente accaduta; tuttavia, alcune note favoriranno l'associazione con episodi che hanno segnato la cronaca, non solo giudiziaria, degli ultimi anni. Frequentemente, inoltre, indicheremo accanto ai casi icastici altre ipotesi in cui la stessa dinamica si ripresenta.

Un'ultima notazione: in diversi esempi, le condotte potrebbero essere qualificate quali commissive ovvero omissive a seconda dei criteri utilizzati per tale distinzione, non facile in ambito colposo dato che in ogni ipotesi di negligenza, imprudenza, imperizia ovvero di mancata osservanza di specifiche regole cautelari è sempre presente un

momento omissivo, una mancata ottemperanza dell'agente alle pretese dell'ordinamento. Riservandoci di esaminare in seguito i criteri alternativi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, abbiamo scelto, in questa prima tassonomia, di fare provvisoriamente riferimento al criterio dell'aumento del rischio. In estrema sintesi, considereremo attiva la condotta con cui si introduce un nuovo fattore di rischio rispetto alla situazione precedente all'intervento dell'agente, fattore che determina l'avvio di un nuovo decorso causale (ad es., il medico che sbaglia la diagnosi e assegna al paziente un farmaco che porta ad un peggioramento delle condizioni cliniche, da cui scaturisce il decesso; il guidatore che non si ferma al semaforo rosso e provoca un incidente che non sarebbe avvenuto – quantomeno, non con le medesime modalità – senza il suo contributo). Per converso, riterremo omissiva la condotta dell'agente che omette di fronteggiare adeguatamente un rischio già esistente prima che egli intervenga (ad es., il medico che, sbagliando la diagnosi, non riconosce la patologia grave ma curabile da cui è affetto il paziente, e non prescrive alcuna cura o farmaco, non contrastando il processo patologico-evolutivo che sfocia nel decesso)<sup>3</sup>.

### ***3.1. Primo gruppo: più soggetti agenti causano la lesione di un bene giuridico altrui ( $A + B \rightarrow R$ )***

Nel primo gruppo di casi, A fornisce un contributo alla realizzazione del reato che viene commesso da B, con lesione di un bene giuridico altrui o di un bene collettivo, senza che B sia tra le vittime in concreto della vicenda. Su questa caratteristica strutturale minima si innestano due variabili: il carattere attivo od omissivo delle condotte degli agenti; l'elemento soggettivo di ciascuno dei soggetti coinvolti.

Prenderemo in considerazione le diverse combinazioni tra condotte attive od omissive di A e di B, limitandoci però ad analizzare i casi in cui A, il soggetto che è meno

---

<sup>3</sup> Per una sintetica esposizione di questo criterio, proprio riferito all'ambito medico-sanitario, cfr. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corriere del Merito*, 2006, fasc. 8-9, pp. 961 ss. Dei possibili criteri di distinzione tra azione e omissione discuteremo nel II capitolo.

vicino alla lesione del bene giuridico, tiene un comportamento colposo; al contrario, B potrà assumere un atteggiamento doloso, ovvero non doloso (quindi colposo o incolpevole, se dovesse mancare in concreto la colpa).

Se volessimo quindi costruire una matrice per esemplificare le diverse combinazioni possibili, questo sarebbe il risultato:

<b>Primo gruppo</b> <b><math>A + B \rightarrow R</math></b>			
<div> <div></div> <div></div> </div>		A	
		attiva	omissiva
B	attiva dolosa	I	II
	attiva non dolosa	III	IV
	omissiva dolosa	V	VI
	omissiva non dolosa	VII	VIII

Ecco dunque la casistica del primo gruppo di situazioni.

### 3.1.1. Primo sottogruppo – Condotta attiva di A, condotta attiva dolosa di B

CASO I – A è il direttore del personale di una compagnia aerea. In seguito ad alcuni pensionamenti, decide di assumere nuovi piloti per la flotta di aeromobili. Tra i candidati si presenta anche B, un suo conoscente che ha alle spalle una grande esperienza di volo, ma che circa un anno prima ha dovuto abbandonare la compagnia per cui lavorava ed è stato ricoverato per alcuni mesi in una clinica psichiatrica. A approva l'assunzione di B, incurante delle riserve espresse dai medici della compagnia che hanno visitato il pilota. Alcune settimane

più tardi, durante il volo, mentre il copilota si allontana dalla cabina per recarsi alla toilette, B si barrica all'interno e inizia una rapida discesa puntando su una cittadina. Giunto a poche centinaia di metri dal suolo, indossa un paracadute che aveva nascosto nella cabina e abbandona il velivolo che si schianta sulle abitazioni<sup>4</sup>.

A questo esempio paradigmatico possiamo affiancare le numerose ipotesi di *vendita di cose pericolose*: A, proprietario di un negozio di armi vende una pistola al cliente B, disinteressandosi se questi abbia o meno il porto d'armi, ovvero nonostante egli sia chiaramente in preda ad un delirio alcolico o causato da sostanze stupefacenti; B utilizza l'arma per uccidere una persona. Lo stesso esempio può essere adattato per la vendita di altre sostanze quali veleno per topi, o acido muriatico, a soggetti che siano fuori di sé o in stato di particolare alterazione.

Un ultimo caso: l'infermiere A, stanco per il lungo turno di lavoro in ospedale, prepara distrattamente un composto da iniettare ad un paziente, ma sbaglia la misurazione di una sostanza e non si accorge che il preparato è così diventato letale; il collega B, non appena A smonta dal turno, inietta il composto tossico ad un suo acerrimo nemico, ricoverato per un caso qualche ora prima nella stessa struttura ospedaliera.

---

<sup>4</sup> L'esempio è ispirato al disastro aereo del volo Germanwings 9525, che il 24 marzo 2015 si è schiantato sulle alpi francesi dopo che il copilota, rimasto solo in cabina mentre il primo ufficiale di volo si era recato in bagno, aveva sbarrato la porta e iniziato una folle discesa verso terra con il chiaro intento di commettere una strage; nella realtà, il pilota stesso è morto nello schianto. È possibile leggere un'accurata ricostruzione dei fatti nella relazione del *Bureau d'Enquêtes et d'Analyses pour la sécurité de l'aviation civile (BEA)*, l'autorità dell'aviazione civile francese: cfr. AA.VV., *Accident d'un Airbus A320-211 immatriculé D-AIPX exploité par Germanwings, vol GW118G, survenu le 24/03/15 à Prads-Haute-Bléone, Final Report*, reperibile online: [https://www.bea.aero/uploads/tx\\_elydrapports/BEA2015-0125.en-LR.pdf](https://www.bea.aero/uploads/tx_elydrapports/BEA2015-0125.en-LR.pdf), in part. pp. 95-97. L'inchiesta ha accertato che il copilota soffriva di un disordine mentale con sintomi psicotici, aveva ricevuto cure e farmaci da specialisti, ma di queste problematiche non erano mai state informati la compagnia aerea o gli enti di controllo dell'aviazione civile.



### 3.1.2. Secondo sottogruppo – Condotta omissiva di A, condotta attiva dolosa di B

CASO II – A è una guardia giurata che presta servizio in un tribunale, con il compito di sorvegliare un ingresso laterale, verificando il corretto funzionamento del *metal detector* per evitare che i visitatori introducano oggetti pericolosi all'interno dell'edificio. B è un soggetto dalla situazione finanziaria burrascosa, che si trova imputato per bancarotta fraudolenta e deve presentarsi in tribunale per un'udienza. Desideroso di vendicarsi di alcune persone che secondo lui avrebbero causato i dissesti finanziari che hanno determinato l'apertura dell'indagine, porta con sé una pistola nel palazzo di giustizia. Quella mattina A non si accorge della presenza dell'arma nella borsa di B che viene passata al *metal detector*. Durante l'udienza B estrae all'improvviso la pistola e spara ad un coimputato e a due testimoni, uccidendoli<sup>5</sup>.

Molti dei casi che rispondono a queste caratteristiche strutturali vedono poi il soggetto A in una *posizione gerarchicamente sovraordinata* e quindi tenuto a controllare l'operato di B: si pensi al *commissario di polizia* che non si accorge che i suoi agenti all'interno del commissariato stanno seviziando barbaramente un gruppo di persone arrestate dopo una lunga caccia all'uomo e una violenta resistenza.

---

<sup>5</sup> L'esempio si ispira ai fatti realmente accaduti presso il Palazzo di Giustizia di Milano il 9 aprile del 2015. La vicenda ha avuto grande risonanza sugli organi di stampa: cfr., per esempio, S. DE RICCARDIS, *Milano, imputato di bancarotta fa strage in tribunale: "Vendetta contro chi mi ha rovinato"*, articolo apparso su *La Repubblica Milano.it* il 9 aprile 2015. Il processo a carico del vigilante per omicidio colposo plurimo e lesioni colpose si è concluso con l'assoluzione di questo, a dispetto della richiesta della Pubblica accusa: cfr. *Strage in tribunale a Milano, assolto il vigilante che era al metal detector. Il legale: "Nessuna prova che la pistola fosse lì"*, articolo apparso su *La Repubblica Milano.it* il 12 maggio 2016. Secondo la difesa, infatti, non vi era alcuna prova che la pistola fosse stata introdotta esattamente in quel giorno e che il comportamento dell'agente fosse stato determinante.

In altri casi non vi è un vero e proprio rapporto gerarchico, bensì una situazione fattuale dalla quale può nascere un obbligo di controllo. Si tratta, per esempio, della casistica relativa alla responsabilità del titolare di *internet point* A da cui B spedisce alcune mail a carattere diffamatorio<sup>6</sup>. Interessante a tale proposito anche l'ipotesi della responsabilità del *provider*: A è il titolare di un'azienda informatica che ha da poco inaugurato un servizio per caricare e visualizzare video. Dopo alcuni giorni, un utente contatta l'azienda informandola che l'utente B ha caricato un video in cui incita gli esponenti di una minoranza religiosa presenti in Italia ad unirsi alla lotta armata contro quella che definisce "l'oppressione di pensiero religioso e politico ad opera della maggioranza". La segnalazione viene ignorata, ma quando la Polizia postale contatta A intimandogli di rimuovere il video, nel giro di poche ore il filmato viene tolto dalla rete<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> L'esempio riprende questa vicenda: alla redazione del noto programma televisivo *Striscia la notizia* erano giunte due mail con carattere diffamatorio, spedite da un *internet point*. La Cassazione, nel dichiarare inammissibile il ricorso contro la sentenza di assoluzione del titolare del negozio, ha chiarito che su tale soggetto gravano alcuni obblighi (tra cui quello di memorizzare il giorno e l'ora dell'utilizzo, in corrispondenza biunivoca con l'identificazione del terminale utilizzato dall'utente, come previsto dal d.l. 27 luglio 2005, n. 114, convertito in l. 31 luglio 2005, n. 155 e dal successivo d.m. Interno 16 agosto 2005, in G.U. 17 agosto, n. 190), ma non anche l'obbligo di controllare il contenuto di ogni comunicazione inviata con gli strumenti da lui messi a disposizione (cfr. Cass. pen., sez. V, sent. 11 novembre 2008, dep. 11 febbraio 2009, n. 6046, in *Dejure*).

<sup>7</sup> L'esempio è ispirato alla vicenda conosciuta con il nome "*Google c. Vivi Down*". In estrema sintesi, la nota società californiana fornisce un servizio di *host provider*, che consente agli utenti della rete di memorizzare in maniera duratura alcune informazioni, nel caso particolare dei video. Uno di questi video ritraeva le umiliazioni inflitte ad un ragazzo disabile da alcuni compagni di scuola, i quali pronunciavano anche frasi ingiuriose contro l'associazione *Vivi Down*. Dopo la comunicazione della Polizia postale, Google aveva prontamente rimosso il video, che tuttavia era già stato visualizzato da diversi utenti nel corso di due giorni. A seguito di un lungo processo, la Cassazione ha confermato le assoluzioni di tre manager di Google dalle accuse di non aver impedito il reato di diffamazione (artt. 40, comma 2 e 595 c.p.) e di aver trattato in modo illecito i dati personali del ragazzo, in particolare diffondendo informazioni circa il suo stato di salute (art. 167 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. Codice della privacy). La Suprema Corte, da un lato, ha sottolineato l'assenza di una previsione legislativa che obblighi l'*host provider* ad impedire i reati commessi dagli *uploader*, cioè coloro che caricano i video; dall'altro, ha chiarito che le attività di indicizzazione dei video svolte dall'*host provider* non influiscono in alcun modo sul loro contenuto, e non rendono pertanto applicabile al fornitore del servizio la responsabilità del titolare del trattamento dei dati personali. Solo se questi viene a conoscenza del contenuto dei video può essere chiamato a rispondere per l'illecito trattamento di dati realizzato attraverso la diffusione dei filmati. Per un'analisi puntuale dei

In altri casi A può essere incaricato di proteggere taluni soggetti contrastando le azioni di B: oltre al caso II che abbiamo appena citato, possiamo fornire un altro esempio. A è il responsabile di una società che offre un servizio di vigilanza armata ad una compagnia di estrazione petrolifera, i cui impianti sono situati in una zona del Medio Oriente particolarmente turbolenta quanto all'ordine e alla sicurezza pubblici. Alcune delle guardie giurate, inviate in quelle zone per sostituire i colleghi presso un pozzo petrolifero, non sono abituati al clima e al cibo locali, e contraggono alcune patologie che li obbligano ad una breve convalescenza. Informato della scarsità del personale, A decide tuttavia di non intervenire, fiducioso che gli uomini rimasti siano in grado di svolgere il lavoro adeguatamente. La notte successiva, tuttavia, alcuni criminali (B) assaltano l'impianto con lo scopo di rubare i barili di greggio in deposito, aprono il fuoco contro i lavoratori del turno notturno e le guardie giurate rimaste, che non riescono a contrastare efficacemente la loro azione.

Un altro campo particolarmente fecondo è quello della *responsabilità di coloro che rivestono un ruolo di controllo in un organigramma complesso* come quello di una società per azioni quotata in borsa: A è un componente del collegio sindacale di una società per azioni che omette di controllare una parte della documentazione contabile che dovrebbe certificare, e che è stata falsificata dall'amministratore delegato B. Il medesimo esempio può essere traslato anche per altri ruoli di controllo nell'ambito delle società: revisori legali, membri del consiglio di amministrazione diversi dall'amministratore delegato, etc., benché il perimetro dei doveri di controllo e della responsabilità sia differente per ciascuna di queste figure e non privo di aspetti problematici.

### 3.1.3. Terzo sottogruppo – Condotta attiva di A, condotta attiva non dolosa di B

**CASO III** – A scopre che la sua fidanzata lo ha tradito con  
B. Dopo un violento diverbio, A provoca B a raccogliere una

---

principi di diritto espressi dalla Cassazione, cfr. A. INGRASSIA, *La sentenza della Cassazione sul caso Google*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2014.

sfida: dovranno misurarsi in una gara di velocità in automobile, di notte e su una strada normalmente poco frequentata. B accetta e la sera successiva si trova con A e altri amici nel punto stabilito. I due salgono sulle rispettive automobili e, al segnale convenuto, partono ad altissima velocità, superando ovviamente i limiti. All'uscita di una curva cieca, B sta superando A, ma travolge un ciclista che stava procedendo nel senso di marcia opposto, ferendolo gravemente; A, rimasto qualche metro indietro, riesce invece a frenare prima di raggiungere il punto della collisione.

Un altro esempio tratto dalla materia della *circolazione stradale*: immaginiamo che A, trasportato in auto dall'amico B, lo inciti ad aumentare la velocità; B accoglie il suggerimento scherzoso e non riesce a frenare in tempo ad un incrocio travolgendo un anziano signore che sta attraversando la strada.

Il campo che probabilmente offre il maggior numero di esempi riconducibili a questo sottogruppo è però quello della *responsabilità sanitaria*. In molti casi, specialmente laddove si tratti di patologie complesse, il processo di cura del paziente è un'attività che coinvolge diversi soggetti e si articola in vari momenti: pensiamo, ad esempio, ai numerosi esami diagnostici che devono essere completati in una fase preoperatoria, a cui seguono l'intervento vero e proprio e, successivamente, gli esami di controllo e la riabilitazione. È evidente che, soprattutto quando sono coinvolti specialisti di branche diverse della medicina, vi sono numerosi sanitari (medici e infermieri) che devono operare tanto contestualmente quanto in sequenza, svolgendo ciascuno al meglio il proprio compito, e assicurando la comunicazione delle informazioni importanti ai colleghi. Per esempio: durante un intervento chirurgico di discectomia lombare per la rimozione di un'ernia particolarmente profonda, il giovane chirurgo A suggerisce l'utilizzo della pinza chirurgica di Grunwald, che tuttavia, a causa della caratteristica struttura "a becco", è sconsigliata per interventi così in profondità e vicino ai dischi intervertebrali. Il collega B, più esperto di lui ma reduce da un turno notturno straordinario al pronto soccorso, accoglie distrattamente il suggerimento e interviene sul paziente con quella pinza; maneggiando lo strumento inadatto, B causa la lacerazione di

un'arteria e il paziente muore per la complicanza emorragica<sup>8</sup>. C'è poi da chiedersi come la risposta possa variare a seconda che A sia il capo *équipe*, o uno specialista di un settore diverso da quello di B.

Ci sembra poi particolarmente significativo questo esempio in tema di *salute e sicurezza dei lavoratori*: A è un medico che viene incaricato da B (amministratore delegato di un'azienda petrolchimica) di studiare la correlazione tra le proprietà di una sostanza che presto potrebbe iniziare ad essere usata nel processo industriale e l'insorgenza di varie patologie tumorali, ma fornisce risultati imprecisi, da cui residuano dubbi sulla pericolosità del ciclo produttivo. B, interpretando erroneamente gli esiti dello studio condotto da A come rassicuranti, ordina l'acquisto e l'installazione dei nuovi macchinari che fanno uso della sostanza oggetto dell'indagine scientifica; alcuni anni più tardi, a molte persone che lavorano o avevano lavorato presso gli stabilimenti vengono diagnosticate delle patologie tumorali<sup>9</sup>.

Vi sono però anche altri esempi che riguardano la *consegna di cose pericolose* ad una persona che ne fa un uso incauto e provoca un danno a terzi. A è un rivenditore di auto di lusso, e B, che non ha mai posseduto una fuori serie in vita sua, acquista un modello recentissimo; A non spende tempo ad illustrare il complesso funzionamento dei controlli elettronici della vettura. Mentre B sta girando per le vie della città, nel tentare maldestramente di maneggiare alcuni comandi che non conosce, si distrae e investe un pedone.

---

<sup>8</sup> Per un caso simile, cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 26 ottobre 2011, dep. 19 dicembre 2011, n. 46824, in *Dejure*.

<sup>9</sup> Il riferimento, anche se i fatti sono stati leggermente modificati nella nostra narrazione, è al complesso caso del petrolchimico di Porto Marghera. Le sentenze dei tre gradi di giudizio si sono in particolare dilungate non solo sull'esistenza del nesso causale tra il contatto con la sostanza tossica e l'insorgere delle patologie, bensì soprattutto sulla sussistenza della colpa, specialmente in relazione alla possibilità di prevedere le conseguenze dannose per la salute dei lavoratori anche a fronte di un quadro di conoscenze scientifiche incerte nel momento in cui erano state svolte le prime indagini da parte dei dirigenti. Per la ricostruzione della vicenda e un commento alle pronunce di primo e secondo grado, cfr. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età penale del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 1684 ss. Per un commento alla sentenza della Cassazione, cfr. D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 5, pp. 647 ss.

#### 3.1.4. Quarto sottogruppo – Condotta omissiva di A, condotta attiva non dolosa di B

CASO IV – A è il responsabile della qualità di un'azienda che commercializza latte per i bambini fino a 3 anni; a seconda delle diverse età dello sviluppo, il prodotto naturale è corretto con degli additivi per garantirne l'equilibrato contenuto nutritivo. In seguito alla pubblicazione di alcune nuove ricerche scientifiche sull'alimentazione per neonati, B, a capo del dipartimento chimico che elabora la formula per additivare il latte, suggerisce una correzione della composizione di alcuni prodotti. Per un errore materiale, B scrive la nuova formula indicando 10 mg di un composto, anziché 1 mg. Il latte prodotto seguendo tali indicazioni risulta però velenoso e causa l'intossicazione di diversi neonati, senza che A, nell'esercizio dei propri compiti di responsabile del controllo di qualità dei prodotti, si avveda dell'errore commesso dal collega<sup>10</sup>.

In questa categoria rientrano tutti i casi di omissione colposa di un *superiore che per distrazione o per scarsa accortezza* nello svolgere il proprio ruolo non individua gli errori commessi da soggetti a lui subordinati o di cui deve in ogni caso verificare l'operato.

Il campo della *responsabilità sanitaria* è nuovamente particolarmente fecondo: per esempio, A è un dentista che, stanco per il lungo intervento sul paziente precedente, si allontana dalla poltrona, senza avvedersi che il suo giovane assistente B prende per errore lo strumento sbagliato per procedere ad un'otturazione.

La casistica si fa ancora più ricca nell'ambito del *diritto del lavoro*, tanto per il tema degli *infortuni*, quanto per la *responsabilità da prodotto difettoso*. Pensiamo infatti alle omissioni di un vertice aziendale A (per esempio, responsabile della sicurezza, della qualità del prodotto e del processo, l'amministratore delegato, un membro del consiglio

---

<sup>10</sup> L'esempio si ispira alla vicenda *ADN-Nutricomp*, assai famosa in Cile, sulla quale la Corte Suprema di quel paese ha pronunciato la sentenza n. (rol.) 6831-2012 del 27 dicembre 2012, reperibile sul sito ufficiale della Corte: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/frameInv.php>.

di amministrazione, il proprietario) che non si avvede degli atteggiamenti imprudenti posti in essere da B che concretamente gestisce gli impianti e regola i processi produttivi (per esempio, nella sua qualità di capo-turno, manutentore, installatore).

### 3.1.5. Quinto sottogruppo – Condotta attiva di A, condotta omissiva dolosa di B

CASO V – A, l'amministratore delegato di un'azienda che produce giocattoli, conferma quale responsabile della produzione B, che già lavora presso la società da molti anni, nonostante le strane dicerie che circolano sul suo conto (dopo la nascita del proprio figlio, affetto dalla sindrome di Down, pare che B abbia confidato ad alcuni colleghi di aver più di una volta provato una rabbia cieca nei confronti dei bambini sani, liberi di vivere e giocare senza le limitazioni a cui suo figlio sarà costretto per tutta la vita). All'azienda vengono recapitate alcune lettere di genitori preoccupati che segnalano un difetto di un nuovo modello di pistola giocattolo: quando viene premuto il finto grilletto, alcune piccole componenti di plastica appuntite si staccano e vengono spesso proiettate in faccia a chi sta impugnando l'arma giocattolo. L'ufficio relazioni con il pubblico inoltra immediatamente le segnalazioni a B, perché esamini il problema e si attivi per identificare una soluzione. Questi, tuttavia, decide di non fare niente, consapevole che se il difetto non viene corretto, un bambino potrebbe rimanere ferito all'occhio da uno dei pezzi della pistola, circostanza che effettivamente si verifica.

Ecco invece un ipotetico caso in tema di *sicurezza dei lavoratori*. A è il proprietario di una grande industria tessile che sta attraversando un periodo di grave crisi economica. In seguito al licenziamento della persona che occupava il ruolo di responsabile del servizio di prevenzione e protezione per la salute dei lavoratori, nomina quale sostituto B, un suo fidato collaboratore che è a conoscenza delle difficoltà finanziarie dell'impresa

e in numerose occasioni non si è fatto scrupoli nel suggerire ad A di tagliare le spese per le misure di prevenzione degli incendi in alcuni reparti, giudicandole eccessive rispetto alla concreta pericolosità degli impianti. Qualche mese dopo, vengono installati nell'azienda dei nuovi macchinari per rimpiazzare alcuni vecchi che si erano rotti. Come segnalato in numerose e distinte occasioni dall'ufficio tecnico e dai vigili del fuoco, la sostituzione dei precedenti telai con quelli nuovi, più ingombranti, aumenta il rischio di incendio dei capannoni dove vengono collocati; ciò imporrebbe il potenziamento dell'impianto antincendio e la predisposizione di nuove cautele, stabilite dalla legge. B, tuttavia, non se ne preoccupa e, al fine di salvaguardare la situazione economica dell'impresa, non segnala la necessità di intervenire ad A. Pochi mesi dopo, a causa del surriscaldamento di una delle nuove macchine, scoppia un incendio in uno dei capannoni; gli uomini di turno intervengono facendo il possibile per contenere le fiamme, ma nel rogo restano in ogni caso danneggiati tre macchinari e feriti in modo grave sei operai.

Un altro esempio potrebbe riguardare la *responsabilità di chi è chiamato ad individuare gli affidatari di soggetti deboli*. A è un magistrato del Tribunale per i minorenni che assegna un ragazzino, rimasto temporaneamente privo di un adeguato ambiente familiare, alla famiglia composta da B e da sua moglie, sottovalutando alcune perplessità espresse dagli incaricati dei servizi sociali circa l'idoneità degli affidatari: B, infatti, dopo alcuni mesi di disoccupazione, sta sviluppando una preoccupante inclinazione all'alcolismo. Una sera, mentre la moglie viene trattenuta al lavoro, B sgrida aspramente il bambino per avergli risposto male, e successivamente, quando questo sbatte violentemente contro lo spigolo di un mobile ferendosi all'occhio, per punirlo si rifiuta di portarlo al pronto soccorso. La lesione è purtroppo così grave da cagionare per vario tempo una menomazione della vista del piccolo.



### 3.1.6. Sesto sottogruppo – Condotta omissiva di A, condotta omissiva dolosa di B

CASO VI – Al figlio minorenni di B viene diagnosticata una patologia tumorale già in stadio avanzato e con la presenza di probabili metastasi. I medici consigliano di iniziare immediatamente il trattamento radio- e chemioterapico, insieme ad ulteriori analisi, che tuttavia non possono essere eseguite nel piccolo ospedale dove il ragazzo è ricoverato per inadeguatezza delle strutture. B, tuttavia, si rifiuta esplicitamente di seguire l'indicazione dei medici, in quanto la sua visione fatalista della vita e la sua profonda diffidenza nei confronti della medicina tradizionale lo portano, semplicemente, ad affidare la vita del figlio al caso. A è un operatore dei servizi sociali locali che ha avuto dal Tribunale per i minorenni l'incarico di supervisionare la famiglia in questione e già in diverse occasioni ha avuto sentore dell'inadeguatezza di B, padre divorziato incline all'alcolismo, ad esercitare la potestà genitoriale. Tuttavia, gravato da pratiche più urgenti, ha sempre sottovalutato la situazione, senza far nulla per chiedere l'affidamento del figlio di B ad un altro nucleo familiare. Qualche tempo dopo, il ragazzo muore.

Sono queste tutte le ipotesi in cui il soggetto più prossimo alla realizzazione della lesione omette dolosamente di contrastare un pericolo causato da un terzo ovvero da un fattore naturale, mentre A, che si trova in una *posizione gerarchica sovraordinata o in una posizione funzionale di controllo, di diritto o di fatto*, colposamente omette di verificare l'operato di B, o di cogliere i segnali di pericolo. Attingendo ancora dal bacino degli *infortuni sul lavoro*, possiamo immaginare una variazione di un caso del quinto sottogruppo: B, responsabile del servizio di prevenzione e protezione della salute dei lavoratori, tiene un comportamento del tutto deviato, omettendo volontariamente di segnalare ai vertici della società la necessità di predisporre nuove cautele per far fronte alla pericolosità di una nuova sostanza altamente corrosiva, di recente introdotta nel

ciclo produttivo di un'azienda. A, da poco subentrato nella posizione di amministratore delegato, conosce B per aver lavorato insieme a lui nel medesimo ufficio per diverso tempo, e ricorda distintamente alcune sue ambigue leggerezze nella gestione dei presidi di sicurezza. Tuttavia, sicuro di riuscire a supervisionare le situazioni più delicate, non fa nulla per sostituirlo e, preso da questioni amministrative nel momento in cui viene avviato il nuovo ciclo produttivo, omette una revisione puntuale delle raccomandazioni di B. Poche settimane dopo, alcuni lavoratori vengono gravemente feriti maneggiando alcuni barili che contengono la nuova sostanza, perché le vecchie tute in dotazione non erano sufficientemente resistenti.

Un altro esempio è costituito da una variazione del caso dei *poliziotti che arrestano un sospetto particolarmente violento*: mentre quest'ultimo ha una crisi cardiaca, l'agente B, vendicandosi per i pungi e i calci ricevuti, omette dolosamente di soccorrerlo; intanto A, distratto da una chiamata della centrale operativa che chiede un aggiornamento, non si avvede della situazione.

### 3.1.7. Settimo sottogruppo – Condotta attiva di A, condotta omissiva non dolosa di B

**CASO VII** – B è un giovane e brillante infettivologo che lavora in un rinomato ospedale e ha da poco concluso la specializzazione, superando con successo gli esami finali. A, primario del reparto, decide di affidargli un paziente dal quadro clinico particolarmente confuso. B è chiamato per la prima volta a coordinare un'*équipe* di medici e infermieri; a causa della pressione per volersi dimostrare degno della fiducia accordatagli, sbaglia la diagnosi, prescrivendo un farmaco inutile al posto di quello adatto a contrastare la rara malattia di cui soffre il paziente, le cui condizioni peggiorano rapidamente causandogli un danno irreversibile. A, nel frattempo, sicuro della sua decisione, non controlla minimamente l'operato di B.

Una variazione del medesimo paradigma, applicato all'*ambito aziendale*: A è un amministratore delegato che nomina in modo avventato il troppo giovane collaboratore B come responsabile dell'ufficio tecnico dell'azienda, e questi omette per distrazione il controllo di alcuni dati di un impianto di nuova costruzione che evidenziano un altissimo rischio di incendio, fatalità che poi si verifica uccidendo e ferendo alcuni operai.

3.1.8. Ottavo sottogruppo – Condotta omissiva di A, condotta omissiva non dolosa di B

**CASO VIII** – Alla scuola guida dove A lavora come istruttore si presenta B, ansioso di iniziare le sue prime esercitazioni pratiche. Durante una di queste, che si svolge in inverno dopo il tramonto del sole, B viene distratto dalle insegne di un nuovo centro commerciale inaugurato la settimana precedente, si accorge tardivamente che un pedone sta attraversando la strada e non aziona in tempo il pedale del freno. A, particolarmente stanco per aver dovuto sostituire il collega malato anche nelle esercitazioni dei giorni precedenti, e a sua volta distratto dalla luce delle insegne, non riesce ad intervenire neppure sui pedali installati nel posto di destra. Il pedone viene investito e riporta la frattura del femore sinistro oltre a numerose contusioni.

La doppia omissione – attingiamo ancora dalla *responsabilità sanitaria* – può anche vedere protagonisti, per esempio, A, un oncologo, e B, il suo giovane assistente che sta svolgendo il tirocinio. Una sera B riceve un paziente e commenta con lui i referti di alcuni esami diagnostici ordinati in seguito ad una sintomatologia astrattamente riconducibile alla presenza di un tumore. I referti mostrano alcune contraddizioni, ma B le attribuisce ad una normale variabilità delle apparecchiature del centro dove operano, che da qualche anno avrebbero bisogno di essere sostituite. Non ordina pertanto altri accertamenti, convinto che il paziente non necessiti di cure oncologiche.

A, stanco per la lunga giornata di visite, non si preoccupa di ricontrollare. Il paziente, tuttavia, continua a lamentare dolori finché decide di rivolgersi ad un altro specialista che gli diagnostica la presenza di un tumore.

Ecco invece un esempio in tema di *sicurezza degli edifici*: B è il dirigente scolastico di un convitto che si trova in una zona ad alto rischio sismico, in cui si sono purtroppo già verificati alcuni terremoti in anni recenti. Pur essendovi obbligato per legge, non ordina di compiere le adeguate verifiche strutturali sull'edificio, timoroso che l'esito dei controlli gli imponga di programmare una serie di lavori di ristrutturazione, per i quali mancano i fondi necessari. A è il dirigente ufficio competente per l'edilizia scolastica nella provincia dove si trova il convitto e, pur sospettando dell'inerzia di B e delle problematiche legate all'edificio, non ne ordina l'evacuazione. Qualche tempo dopo, nel corso di un forte sisma, perdono la vita alcuni studenti e altri rimangono feriti<sup>11</sup>.

### ***3.2. Secondo gruppo: un soggetto contribuisce con la vittima stessa alla lesione di un bene giuridico ( $A + V \rightarrow L$ )***

In questo secondo gruppo di casi, uno dei soggetti che cagionano la realizzazione del reato è anche la vittima dello stesso (V), cioè colui che subisce la lesione o la messa in pericolo del proprio bene giuridico, o che è tra i soggetti in concreto toccati dalla lesione di un bene collettivo, quale l'incolumità, la sicurezza o la salute pubblica. Va da sé che V, subendo la lesione, è il soggetto in assoluto ad essa più prossimo tra tutti coloro che l'hanno provocata.

Ovviamente, dal punto di vista delle qualità soggettive ricoperte all'interno della dinamica criminosa, la vittima è la persona offesa del reato, e non il soggetto agente, poiché il diritto penale non contempla la possibilità di incriminare i comportamenti

---

<sup>11</sup> L'esempio ripercorre la tragica vicenda del convitto crollato nella città dell'Aquila durante il sisma verificatosi nella notte del 6 aprile 2009. La Cassazione ha assolto il dirigente provinciale e invece condannato il dirigente scolastico per i reati di omicidio colposo plurimo e lesioni colpose. Cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 23 ottobre 2015, dep. 21 gennaio 2016, n. 2536, in *Dejure*.

autolesivi. Ne consegue che tutti i termini utilizzati per descrivere il suo comportamento e il suo ruolo nella realizzazione del reato devono essere intesi in senso a-tecnico: non potremo, infatti, parlare propriamente di “condotta”, “dolo” o “colpa”, “azione” od “omissione”, etc. Peraltro, ciò può avere anche una ripercussione sulla responsabilità di A: poiché non potremo parlare di “cooperazione colposa” o di “concorso colposo in reato doloso”, bisognerà verificare puntualmente il fondamento della responsabilità di A secondo queste differenti coordinate.

Riprendiamo le variabili che avevamo enunciato per la casistica precedente: tanto il comportamento di A quanto quello di V potranno essere attivi od omissivi; l'atteggiamento della vittima potrà essere “doloso” (nel già citato senso di corrispondente al dolo) o “non doloso” (*rectius*, corrispondente a colpa o incolpevole), mentre quello di A non potrà che essere non doloso.

Pertanto, volendo rappresentare anche le possibili alternative di questo gruppo con una matrice, ci troviamo davanti ad altre otto ipotesi<sup>12</sup>:

Secondo gruppo A + V → L			
		A	
		attiva	omissiva
V	"attivo doloso"	IX	X
	"attivo non doloso"	XI	XII
	"omissivo doloso"	XIII	XIV
	"omissivo non doloso"	XV	XVI

Ecco gli esempi relativi all'interazione tra A e V.

<sup>12</sup> Abbiamo scelto di continuare la numerazione precedente, indicando la prima ipotesi di questa matrice con il numero IX per facilitare la lettura e l'individuazione di casi prototipici.

### 3.2.1. Nono sottogruppo – Condotta attiva di A, comportamento “attivo doloso” di V

CASO IX – A è un produttore di acido cloridrico, sostanza estremamente corrosiva. V, un vettore autorizzato al trasporto di tale pericoloso preparato, ha un rapporto decennale di collaborazione commerciale con A. I due si conoscono anche personalmente e A nota che da qualche tempo V sembra dare segni di depressione, celebrando nei suoi discorsi il coraggio di coloro che decidono di suicidarsi perché troppo delusi dalla vita. Nonostante qualche dubbio, decide di rinnovare il contratto con V, scaduto da poche settimane, e gli affida immediatamente una notevole quantità di acido da consegnare ad un’industria chimica. V, maturato un folle proposito autolesionista, a metà del percorso che dovrebbe compiere si ferma, apre la cisterna contenente l’acido e lo usa per provocarsi gravissime ustioni su tutto il corpo.

Un caso reale che si può citare in questo schema è quello della *strage compiuta dal copilota* della compagnia *Germanwings* nel 2015: nel caso I avevamo modificato lievemente il fatto, ma nella realtà il copilota ha agito con modalità suicide, rimanendo vittima della strage da lui stesso perpetrata; nel nostro paradigma questi è dunque V, mentre A è il responsabile dell’ufficio che l’ha assunto tra i piloti della compagnia<sup>13</sup>.

Rientrano poi in questa categoria (o – se il comportamento di V è omissivo – nel sottogruppo esposto immediatamente *infra*) tutte le ipotesi di *suicidio di un soggetto sotto la particolare responsabilità di un altro, per ragioni di custodia, vigilanza, per la particolare debolezza di V, per la posizione di controllo “di fatto” in cui si trova A*.

A è un violento padre di famiglia che, rimasto vedovo, maltratta ripetutamente la figlia V. La ragazza comincia a mostrare segni più che evidenti di uno stato di profonda angoscia e paura, ma non ha il coraggio di allontanarsi dal genitore. Esasperata dalla situazione insostenibile, V si suicida. Per inquadrare correttamente la responsabilità di

---

<sup>13</sup> Per un richiamo alla vicenda, cfr. nota 4.

A, è necessario ricordare che si tratta di un caso di reato aggravato dall'evento. A dispetto della norma sui maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), che contempla un'ipotesi di responsabilità oggettiva, e imputa quindi ad A anche l'evento morte come se l'avesse voluto con dolo, si ritiene comunemente sia necessaria una reinterpretazione sulla scorta delle notissime pronunce della Corte costituzionale n. 364 e n. 1085 del 1988 in tema di responsabilità oggettiva<sup>14</sup>. A seguito della consacrazione del principio di colpevolezza come un vero e proprio cardine dell'ordinamento, e della incompatibilità con esso del criterio dell'*in re illicita versari*, in attesa di un intervento legislativo che estrometta le restanti ipotesi di responsabilità oggettiva dall'ordinamento, è necessario interpretarle in conformità alla Costituzione, assicurandosi che ogni evento sia imputabile all'agente almeno per colpa<sup>15</sup>. Peraltro, tanto la natura della colpa in questo caso, quanto i meccanismi necessari per il suo accertamento sono sostanzialmente corrispondenti alla colpa monosoggettiva che non nasce in rapporto alla previa realizzazione dolosa di un altro reato<sup>16</sup>. Nel nostro caso, pertanto, la condotta di A, dolosa per i fatti di maltrattamenti, potrebbe essere considerata colposa rispetto alla causazione dell'evento morte, e su tale elemento soggettivo si innesta il legame con il comportamento volontario e autolesivo di V che si toglie la vita.

### 3.2.2. Decimo sottogruppo – Condotta omissiva di A, comportamento “attivo doloso” di V

CASO X – A è uno psichiatra che lavora presso la casa circondariale locale per fornire una consulenza sullo stato di salute di alcuni detenuti. V è un detenuto che deve iniziare a

---

<sup>14</sup> C. cost., sent. 23-24 marzo 1988, n. 364 e C. cost., sent. 30 novembre - 13 dicembre 1988, n. 1085, entrambe in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>15</sup> Per un riassunto sull'ampio dibattito relativo a questa problematica, sia consentito, per tutti, il rinvio a G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 467 ss., a F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milano, Giuffrè, 2005, in part. pp. 221 ss., nonché alle ulteriori fonti citate in questi loci.

<sup>16</sup> Cfr. sul punto F. BASILE, *op. ult. cit.*, pp. 277 ss.

scontare un periodo di isolamento. A, preso dai molti impegni, fissa soltanto brevi e sporadici colloqui con V, durante i quali non si avvede dei segni di squilibrio che questi sta mostrando, in particolare durante la permanenza nella cella di isolamento, e si convince che non sussista alcun rischio concreto che V metta in atto comportamenti pericolosi per sé stesso o per altre persone all'interno del carcere. V si toglie la vita pochi giorni dopo.

Un caso simile, legato di nuovo alla *protezione di soggetti deboli*: A è un poliziotto che lavora per il servizio di protezione dei testimoni. Gli viene affidato l'incarico di sorvegliare l'abitazione di V, un sottoufficiale dell'esercito che è il testimone chiave in un processo che vede imputati alcuni suoi superiori diretti per gravi fatti corruttivi. Gli interessi in gioco sono notevoli e V, prima di essere inserito nel programma di protezione, ha subito diverse minacce dirette e indirette da parte degli ufficiali imputati, e teme per la propria incolumità e per i suoi cari. In preda al panico, la notte prima del giorno fissato per comparire in tribunale, estrae dall'armadio la pistola di ordinanza – che era sfuggita ad A durante la perquisizione dell'abitazione – e si spara un colpo in una gamba.

### 3.2.3. Undicesimo sottogruppo – Condotta attiva di A, comportamento “attivo non doloso” di V

**CASO XI** – V è una ragazza particolarmente distratta e poco scolarizzata; un giorno, mentre sta facendo il bagno nella vasca di casa, impugna il phon appoggiato lì accanto e lo aziona, restando così fulminata. La famiglia vorrebbe che il pubblico ministero procedesse contro A, amministratore delegato dell'azienda che produce il phon, in quanto sulla confezione non sono riportate le avvertenze di sicurezza (tra cui l'indicazione di non utilizzarlo mentre si è a contatto con



l'acqua), mentre sul libretto di istruzioni compare solo un rinvio alla pagina *web* che contiene per esteso tali indicazioni.

Un altro caso di *comportamento autolesivo messo in atto da un soggetto inesperto*: A sta utilizzando la sparapunti per fissare un tessuto ad un supporto di legno in cucina; squilla il telefono e A, distratto perché finalmente ha ricevuto una telefonata di lavoro molto importante che aspettava da ore, lascia la sparapunti sul tavolo della cucina e mentre parla con l'interlocutore si allontana dalla stanza. V, suo figlio di appena cinque anni, entra in cucina, prende in mano la sparapunti e, senza saperla maneggiare, si conficca un punto in un braccio, provocandosi una lesione.

Altre situazioni che corrispondono a questo paradigma le possiamo trarre dal campo della *circolazione stradale* (A è un noleggiatore di automobili, e consegna, dietro regolare prenotazione, un veicolo a V, nonostante questo si presenti con un colorito rubizzo e puzzi di alcol; V perde il controllo del veicolo e si schianta contro un palo, provocandosi gravi lesioni), ovvero da quello della *sicurezza sul lavoro* (A è il capoturno di un'azienda che fornisce agli addetti al trasporto delle casse di materiale un muletto troppo vecchio e non adeguatamente bilanciato; V, uno degli addetti, non avendo a disposizione alcun altro mezzo, utilizza il muletto per trasportare un pezzo di un impianto da una parte all'altra della fabbrica, senza rendersi conto che, a causa delle notevoli dimensioni dell'oggetto, l'equilibrio del muletto è reso ancora più instabile; il mezzo si ribalta schiacciando V, che riporta una lesione agli arti inferiori).

Un altro possibile caso di *responsabilità medica*: V, un paziente piuttosto anziano, ha dovuto subire un complicato intervento agli arti inferiori in seguito ad un tragico incidente. A, il medico che lo ha in cura, anche a fronte del ridotto numero di posti letto in ospedale, decide di dimettere V; questi ha ancora bisogno di svolgere quotidianamente una serie di esercizi di riabilitazione (che possono essere eseguiti anche a casa) e deve evitare alcuni movimenti, per scongiurare il rischio di nuovi danni alle ossa o alle articolazioni. Tuttavia, anziché spiegargli di persona come avrebbe dovuto svolgere gli esercizi di riabilitazione, A si limita a dare istruzioni all'infermiera di consegnare a V una scheda in cui tali esercizi sono descritti, ma non rappresentati in figura. V, per pigrizia e per difficoltà a comprendere la scheda, esegue gli esercizi in modo

errato e incostante, e inoltre si affatica cercando immediatamente di muoversi speditamente, finché cade in casa rompendosi la tibia sinistra, ancora troppo fragile.

È interessante anche una declinazione di questo schema dove A convinca V a mettere in atto un comportamento che si rivela poi fatale: A è un grande appassionato di illusionismo e prende contatti con il celeberrimo illusionista V, del quale è un grande ammiratore, per invitarlo a tenere uno spettacolo presso la sua villa in riva al lago; V, dietro il pagamento di un profumato compenso, acconsente alla richiesta di A di eseguire un pericolosissimo numero, che consiste nel buttarsi nelle acque del lago, mentre mani e piedi sono legati a dei ceppi, riemergendo prima di annegare; in passato tale numero di illusionismo è costato la vita ad alcuni famosi colleghi. Nonostante la fiducia di A nella particolare abilità del suo paladino, V riesce sì a liberarsi, ma anche a causa delle forti correnti non riemerge prima di aver esaurito il fiato e muore annegato.

#### 3.2.4. Dodicesimo sottogruppo - Condotta omissiva di A, comportamento “attivo non doloso” di V

**CASO XII** – A accompagna il figlio V sul bordo di una piscina; V si tuffa e inizia a sguazzare in acqua. A, conoscendo la vivacità del figlio, per un certo tempo lo guarda seduto sul bordo, ma poi si distrae per salutare un amico, mentre V, anziché scendere sullo scivolo d'acqua in posizione seduta, prova a mantenersi in piedi su di esso. Purtroppo, scivola, battendo violentemente la testa e procurandosi un trauma cranico.

Un esempio in ambito di *sicurezza dei lavoratori*: per supplire alla carenza di personale nel suo reparto, V decide di svolgere per qualche settimana le mansioni di un collega, pur non essendo un esperto degli incarichi da questo lasciati scoperti. A, il capoturno responsabile di supervisionare a questo avvicendamento, non gli fornisce le informazioni di sicurezza necessarie e V si infortuna.

3.2.5. Tredicesimo sottogruppo – Condotta attiva di A, comportamento “omissivo doloso” di V

**CASO XIII** – A investe con la propria macchina V, in violazione delle regole sul traffico stradale. V viene portato in ospedale mentre perde copiosamente sangue ma, essendo un testimone di Geova, rifiuta di sottoporsi a emotrasfusione e muore pur potendo essere agevolmente salvato.

Ecco un altro esempio, che riguarda invece la *posizione dei soggetti chiamati a prendersi cura dei minori*: A è il dirigente della scuola primaria frequentata da V. All’inizio dell’anno vengono raccolte le adesioni al servizio della mensa scolastica, e i genitori di V segnalano che questi è intollerante al glutine. Nell’inserire i dati nell’interfaccia *online* del servizio di ristorazione che fornisce i pasti, A barra erroneamente la casella che riguarda l’intolleranza al lattosio. V comincia a soffrire di dolori intestinali ma, non volendo lamentarsi con i genitori, gli amici o gli insegnanti per non apparire debole, sceglie di non dire niente e sopportare; dopo alcuni giorni è in preda a ripetuti attacchi di vomito e scariche di diarrea.

3.2.6. Quattordicesimo sottogruppo – Condotta omissiva di A, comportamento “omissivo doloso” di V

**CASO XIV** – V è un’adolescente che ha maturato una vera e propria fissazione per la linea, sta sperimentando varie diete ed è notevolmente dimagrita negli ultimi mesi. Dopo il tragico incidente automobilistico in cui il padre perde la vita, il suo rapporto con il cibo si fa sempre più complicato, finché V comincia a rifiutarsi sistematicamente di mangiare. A, sua madre, sconvolta dal dolore per la perdita del marito, non prende alcuna iniziativa per curare la figlia, convinta che anche lei stia cercando con fatica di elaborare il lutto. V sta a lungo a casa da scuola, e solo qualche mese dopo, al suo ritorno, i

compagni di classe si accorgono della situazione e, dopo uno svenimento di V, chiamano l'ambulanza. La ragazza viene ricoverata in condizioni disperate e muore poco dopo.

Un altro esempio potrebbe essere il seguente: A è il *padre adottivo* di V, un ragazzino di origine africana che ha trascorso molto tempo in un orfanotrofio in Marocco, ed è giunto in Italia con un'infezione alle vie urinarie. A, seguendo i consigli di un medico, gli fornisce tutti i farmaci antibatterici necessari; questi, tuttavia, devono essere consumati durante le ore del giorno in cui V si trova a scuola. Quest'ultimo ha maturato una sorta di senso di colpa nei confronti dei suoi amici rimasti all'orfanotrofio, dal momento che, a differenza loro, ha improvvisamente ricevuto la possibilità di una vita migliore. Per questo, quando è da solo, finge di assumere le medicine, che in realtà butta via. A si fida invece della parola di V, la cui patologia finisce per peggiorare, generando un'infezione agli ureteri e al rene.

### 3.2.7. Quindicesimo sottogruppo – Condotta attiva di A, comportamento “omissivo non doloso” di V

**CASO XV** – In seguito ad una serie di piccole scosse di terremoto che si verificano a breve distanza temporale sempre nella medesima regione (c.d. “sciame sismico”), A, uno degli esperti chiamati dalle autorità, firma una perizia geologica in cui afferma che non sussiste alcun reale rischio che si verifichi un evento catastrofico tale da mettere in pericolo la vita dei cittadini, e rilascia una serie di interviste alle emittenti radio-televisive locali e nazionali, rassicurando la popolazione. Diversi abitanti (V) di alcuni paesi dell'area interessata dalle scosse, che avevano passato le notti precedenti in strada, riprendono a dormire nelle proprie case, e desistono dal proposito di allontanarsi dalla zona per rifugiarsi in località che vengono solitamente indicate a minore rischio sismico. Purtroppo, alcune settimane più tardi, si scatena un fortissimo terremoto in cui perdono la vita centinaia di persone e che cagiona ingenti

danni a edifici privati e pubblici, anche di interesse storico-artistico<sup>17</sup>.

Naturalmente anche in questo caso molteplici sono gli esempi che si possono trarre dalla *sicurezza dei lavoratori*: A è il responsabile della produzione che, per far fronte alla richiesta di una maggiore produttività degli impianti, dopo l'ennesimo malfunzionamento di un macchinario, ne acquista uno equivalente di nuova generazione, chiedendo però a V, l'operaio capo, di metterlo in funzione il prima possibile. V, preso dalla fretta, non legge con la dovuta attenzione le istruzioni che gli sono state consegnate, sbaglia ad azionare alcune leve di controllo delle parti mobili del macchinario e si provoca una grave lesione ad un arto.

### 3.2.8. Sedicesimo sottogruppo – Condotta omissiva di A, comportamento “omissivo non doloso” di V

**CASO XVI** – A è un medico che, durante il turno al servizio di guardia medica, riceve la chiamata di V, che lamenta un fortissimo mal di stomaco. Dopo averlo ascoltato qualche minuto al telefono, A gli consiglia semplicemente di assumere un antiacido, senza riconoscere i sintomi di un incipiente attacco cardiaco. A omette anche di raccomandare a V di richiamarlo se i sintomi non dovessero cambiare. V, rassicurato dall'autorevolezza di A, assume la pastiglia e, sfinito per la

---

<sup>17</sup> L'esempio vuole richiamare la vicenda processuale che si è conclusa con l'assoluzione dei membri della Commissione Grandi Rischi per le loro deliberazioni relativamente agli eventi del sisma verificatosi a L'Aquila il 6 aprile 2009. Cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 19 novembre 2015, n. 12478/16, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016: nella medesima pagina *web* si trovano anche i *link* alle pronunce dei gradi inferiori di giudizio e ai relativi commenti. In questo caso la prima, immediata causa della morte è sicuramente naturale (il terremoto); tuttavia, poiché le vittime tengono un preciso comportamento che non le allontana da questo rischio, all'antecedente eziologico naturale si affianca una precisa condotta umana autolesiva.

lunghissima giornata lavorativa, si addormenta, morendo nel sonno a causa di un infarto.

La doppia omissione colposa è naturalmente anche molto frequente nell'*ambito lavorativo*: immaginiamo che A sia l'RSPP di una raffineria che non ordina il controllo dei giunti di alcuni tubi che contengono il greggio e che vengono utilizzati solo sporadicamente, per operazioni di scarico straordinarie e V l'operaio che a sua volta omette la verifica di *routine* da compiere al termine di ogni utilizzo saltuario; uno dei giunti cede e, a causa della dispersione del materiale infiammabile, scoppia un incendio in cui lo stesso V resta ferito.

#### **4. Le note relazionali della responsabilità di A**

Abbiamo parlato di un legame tra i comportamenti di A e di un altro soggetto (B o V), e ne abbiamo fornito diversi esempi; come accennato, la nostra ipotesi di lavoro è che a questo legame (o, se si preferisce, interferenza) fattuale tra condotte umane, corrisponda e consegua una dipendenza tra la struttura della responsabilità di A e il comportamento di B o V. Se lo scopo della nostra analisi è individuare le condizioni a cui A può essere chiamato a rispondere in conseguenza del fatto immediatamente riconducibile a B o a V, dobbiamo orientare l'indagine nella direzione di scoprire gli elementi che nella struttura del reato implicano il riferimento ad un comportamento diverso da quello dell'agente (A) e che fanno dipendere da questo rinvio una diversa parametrizzazione della responsabilità dell'agente stesso.

Chiamiamo questi elementi strutturali della responsabilità penalistica di un soggetto (A) "note relazionali", ad indicare che esse comportano un riferimento a ciò che l'altro soggetto realizza o potrebbe realizzare. Tali elementi costituiscono a nostro avviso la spia di alcune particolarità rispetto al classico modello della responsabilità penale, secondo cui ogni soggetto risponde solo ed esclusivamente delle proprie azioni, e suggeriscono un paradigma dove il comportamento di ciascuno non può che essere – in parte – condizionato dall'operato altrui o almeno a questo riferito. Esse sono presenti

in diversi elementi del reato e toccano vari istituti giuridici, a dimostrazione che quello che stiamo studiando è un tema solo apparentemente nascosto.

Anche in questo caso, riteniamo opportuno tenere distinti i casi dell'interazione tra A e B, e tra A e V.

#### **4.1.      *Le note relazionali nelle ipotesi di interazione tra due soggetti agenti ( $A + B \rightarrow R$ )***

Elenchiamo qui le principali note relazionali presenti nel rapporto tra A e B, quindi un soggetto che tiene un comportamento eterolesivo, per poi approfondirle nel corso del lavoro.

Per ciò che attiene al *fatto tipico* per le ipotesi commissive, una prima nota relazionale riguarda l'interferenza causale. Abbiamo indicato quale condizione imprescindibile nell'affermazione della responsabilità di A che egli realizzi una condotta causale rispetto alla lesione del bene giuridico che successivamente si manifesta; poiché B è il soggetto che immediatamente causa la lesione, è altresì evidente che i due apporti causali sono destinati ad interferire tra loro. Dovrà allora essere indagata la natura di questo rapporto, per capire come la presenza della condotta di B, successiva o contestuale rispetto a quella di A, modifichi od elida la rilevanza eziologica di quest'ultima. In caso di condotta attiva di A, si determinerà in effetti un'interferenza tra concause, ai sensi dell'art. 41 c.p., cioè tra la condotta di A e quella di B, fino alla possibilità che quest'ultima, se successiva e idonea di per sé a cagionare l'evento, determini l'interruzione del nesso causale tra A e l'evento-reato, decretandone l'irrelevanza dal punto di vista penalistico e la conseguente caducazione di ogni ipotesi di responsabilità. Inoltre, una seconda nota relazionale di tipo causale si esprime nella c.d. "causalità psichica", vale a dire nei casi in cui la condotta del soggetto A, che può essere limitata anche alla semplice manifestazione di un'opinione, influenza le decisioni di B.

Ancora nell'ambito del fatto tipico, note di relazionalità sono presenti anche qualora ciò che si rimproveri ad A sia una responsabilità a titolo *omissivo improprio*: la

selezione di coloro sui quali grava l'obbligo giuridico di impedimento è effettuata in relazione al comportamento di B che l'ordinamento vuole prevenire, poiché la legge individua i garanti proprio in base all'efficacia che la loro condotta impediente dovrebbe avere sul comportamento di B; l'oggetto stesso dell'obbligo è declinabile come l'impedimento di un reato altrui o, almeno, della con-causazione di un evento da parte di B; l'omissione di A in violazione di tale obbligo viene considerata dall'ordinamento equivalente alla causazione diretta del reato (art. 40, comma 2 c.p.), con un'evidente relazionalità sul piano eziologico; persino la cornice edittale viene definita *per relationem*, con un richiamo alla pena che A subirebbe se avesse attivamente provocato l'evento-reato immediatamente riconducibile a B.

Spostandoci poi nell'ambito della *colpevolezza*, ricordiamo di aver delimitato la nostra indagine ai comportamenti non dolosi di A. Perché sia verificata la sussistenza della colpa, A dovrà allora innanzitutto agire in violazione del *dovere di diligenza* che l'ordinamento gli aveva imposto (valutazione *ex ante* della sussistenza della colpa). Se è presente un'interferenza con un altro soggetto B, la regola cautelare che grava su A non potrà che essere formulata in modo da chiedergli di prevedere la condotta pericolosa di B, e conseguentemente di adottare specifiche contromisure per contenere, diminuire o neutralizzare il rischio che questa pone. È questo il problema della dimensione relazionale della norma cautelare.

Ancora, se vi sono due condotte tra loro interferenti, un ruolo determinante viene giocato dal peso che si vorrà attribuire al *principio di autoreponsabilità* di ciascun consociato, che determina i confini dell'ascrizione del fatto di B alla sfera di responsabilità di A: ciascuno (nel nostro caso, A) risponde esclusivamente per le proprie azioni od omissioni che ricadono all'interno della propria sfera di dominabilità e di influenza, senza subire le conseguenze di quanto un altro soggetto (B) compie od omette, anche se la condotta di quest'ultimo interferisce con la propria. Un tale criterio, che nel caso dell'interazione tra due agenti si traduce nella formulazione del *principio di affidamento*, funge dunque da contraltare a quella regola cautelare che impone ad A di tener conto del comportamento altrui; la sua maggiore o minore estensione determina, rispettivamente, una minore o maggiore estensione della responsabilità di A rispetto al



comportamento di B. Ecco un'altra nota di relazionalità che lega funzionalmente la responsabilità dei due soggetti, pur limitandone l'estensione.

Il risultato della condotta di A si deve poi verificare – afferma l'art. 43 c.p. – “a causa” di tale violazione del dovere di diligenza. Nel linguaggio della dottrina tradizionale italiana, questa condizione si esprime nella possibilità di muovere ad A un rimprovero per colpa in relazione al reato (con valutazione da operare *ex post*), e quindi nella sussistenza dei *nessi tra la colpa e l'evento*; nel linguaggio che più sovente viene adottato dalla dottrina tedesca, si tratterà di verificare se il reato o la lesione siano obiettivamente imputabili ad A, applicando tutti i criteri elaborati dalla teoria dell'*imputazione obiettiva* dell'evento. Se però è presente un'ulteriore condotta (quella di B), sarà imprescindibile considerare il comportamento di quest'ultimo in termini di realizzazione del rischio. Allo stesso modo, interrogandosi sull'evitabilità dell'evento da parte di A, sarà necessario considerare la condotta di B per figurarsi come l'azione doverosa del primo soggetto si sarebbe innestata sulla condotta del secondo.

Infine, un ulteriore ambito in cui si manifesta il legame tra le due condotte di A e B è quello dell'imputazione plurisoggettiva che, limitando l'analisi alle condotte non dolose di A, possono essere la *cooperazione colposa* o il *concorso colposo* (di A) *nel reato doloso* (di B). Tali istituti sembrano, per così dire, il precipitato, in termini di tecniche di imputazione, delle note di relazionalità sin qui enunciate; tuttavia, la struttura e la funzione problematiche stimolano ulteriori riflessioni circa i rapporti tra le condotte dei due soggetti coinvolti e sulla maggiore o minore convenienza del ricorrere a forme di imputazione plurisoggettiva in luogo di quelle monosoggettive.

Come si può vedere, sono molti gli ambiti della struttura del reato potenzialmente interessati dalle note di relazionalità. Nel corso della nostra analisi approfondiremo quali siano le conseguenze di questo legame sui singoli elementi: l'influenza causale, i tratti del reato omissivo improprio, la formulazione della regola cautelare, la verifica della causalità della colpa e dell'operatività del principio di affidamento, la cooperazione colposa e il concorso colposo in reato doloso.

Senza immaginare di esaurire la ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale su ciascuno di questi ambiti, il nostro scopo è, più semplicemente,

cercare di cogliere nella fisionomia di questi elementi le più importanti espressioni del legame tra la responsabilità di un soggetto e il comportamento di un altro, e proporre un'analisi unitaria, dal momento che sono tutte declinazioni della risposta dell'ordinamento all'ideale domanda "come accertare la responsabilità di A in dipendenza da un fatto di B?".

#### **4.2. *Le note relazionali nelle ipotesi di interazione tra un agente e la vittima ( $A + V \rightarrow L$ ): le ragioni di un'analisi in parallelo***

Ci si potrebbe a questo punto interrogare circa l'opportunità di analizzare in parallelo i casi che rientrano nei due gruppi  $A + B \rightarrow R$  e  $A + V \rightarrow L$ . Come già evidenziato, qualora il soggetto più prossimo alla lesione dell'interesse protetto sia il titolare dello stesso, vi sono indubbiamente notevoli differenze, prima fra tutte l'ovvia considerazione che la vittima non può essere imputata per il danno o il pericolo che arreca a se stessa, e dunque dovremo parlare di "condotta", "dolo", "colpa" con riferimento a V sempre in senso improprio. La seconda macroscopica differenza riguarda l'impossibilità di utilizzare, per il caso delle condotte autolesive di V, le medesime forme di imputazione concorsuale cui invece facciamo ricorso per i casi di interazione tra A e B che compiono entrambi condotte eterolesive.

Tuttavia, ci incoraggiano ad effettuare in parallelo questa analisi le similitudini dell'influenza che il comportamento di un altro soggetto, sia esso un altro agente o la vittima del reato, producono sul soggetto A. Osserviamo infatti una sovrapponibilità tra quelle presenti nel caso del secondo soggetto che tiene un comportamento eterolesivo, e quelle che si esprimono quando il secondo soggetto tiene un comportamento autolesivo; unica eccezione è proprio l'assenza dell'imputazione plurisoggettiva.

Verifichiamo meglio questa corrispondenza.

L'*interferenza causale* è presente sia tra la condotta di A e quella di un altro agente, sia tra la condotta di A e il comportamento di chi commette una lesione in pregiudizio di un bene giuridico di cui è titolare; dall'angolo prospettico della responsabilità di A, poco conta che la concausa sia determinata da una causa naturale, o da un

comportamento umano etero- o autolesivo: nel linguaggio dell'art. 41, comma 3 c.p. queste possibilità sono infatti giustapposte. Il legame è presente anche nell'ipotesi della causalità psichica, in cui alcune azioni o manifestazioni del pensiero di A influenzano la decisione di V di esporsi al rischio (come nel caso XV dello "sciame sismico") o a procurarsi una lesione.

Se A tiene una condotta omissiva impropria, il contenuto dell'obbligo giuridico di impedire l'evento esprime in modo lampante il legame con la condotta di un altro soggetto anche se questi tiene un comportamento autolesivo: si pensi alla responsabilità dello psichiatra verso il detenuto (caso X), del padre nei confronti del figlio in una situazione rischiosa come i giochi in piscina (caso XII), della madre verso l'adolescente anoressica (caso XIV), del medico verso il paziente che lo contatta durante la guardia medica (caso XVI). L'obbligo è dettato dall'intenzione dell'ordinamento di proteggere quest'ultimo da azioni autolesive; anche in questo caso la selezione dei soggetti garanti mira all'individuazione di coloro che meglio possono adempiere tale ruolo di controllo; il contenuto dell'obbligo è ugualmente relazionale, soltanto anziché riferirsi all'impedimento di una lesione di interesse altrui, s'incentra sull'impedimento dell'autolesione; resta poi l'equivalenza causale tra l'omissione in contraddizione con l'obbligo giuridico e la commissione, se A, anziché essere obbligato ad impedire a B di ledere il bene giuridico di un terzo, è tenuto ad evitare che V si procuri un danno o si metta in pericolo; permane infine la stessa equivalenza tra le cornici edittali, quella della commissione diretta di una lesione di A contro V, e quella del mancato impedimento della lesione che V procura a se stesso.

Una *regola cautelare* può ben essere formulata in modo da obbligare chi agisce a tener conto di un comportamento altrui, sia che questi lo rivolga contro gli altri, sia che lo rivolga contro di sé: la struttura della colpa per il soggetto A si apre in ogni caso a considerare l'azione o l'omissione altrui come oggetto della previsione delle conseguenze del proprio comportamento.

Un'ulteriore nota di relazionalità che abbiamo individuato riguarda la limitazione della responsabilità di A in dipendenza dal fatto altrui in ragione del *principio di autoresponsabilità*. Quest'ultimo trova una sua prima declinazione nel principio di affidamento quando pone in rapporto le condotte eterolesive di due agenti, e consente

ad A di presumere, entro certi limiti, che B agirà conformemente ai propri doveri, senza interferire con il comportamento di quest'ultimo. La stessa logica si rende necessaria se al posto di B si trova V, che compie un'azione rivolta contro di sé: entro certi limiti, anche le vittime possono essere le sole a rispondere dei propri comportamenti che si rivelano dannosi se hanno ommesso di adottare determinate cautele o hanno impedito ad altri (A) un'efficace azione preventiva o di controllo. Anche in questo caso, maggiore è l'autonomia che si riconosce all'autoesposizione al rischio, minore è lo spazio per la responsabilità di A.

Ancora, nella valutazione dei *nessi tra la colpa e l'evento*, dev'essere verificata la corrispondenza tra l'evento che la regola cautelare mirava ad impedire e quello realizzato, sia questo una condotta eterolesiva di B o autolesiva di V. Neppure scompare la nota relazionale analizzando le possibilità che A avrebbe avuto di evitare l'evento, che anche se autolesivo è pur sempre provocato da un altro soggetto, e lo stesso legame è presente quando si accerta la prevedibilità del comportamento di V.

Ecco dunque che si evince una marcata analogia strutturale tra la responsabilità di A in dipendenza di un fatto di B e di A in dipendenza di un fatto di V, con la ricordata eccezione delle tecniche di imputazione concorsuale.

### **4.3.      *Ulteriori variabili***

Per non complicare eccessivamente la casistica, abbiamo ritenuto opportuno non includere nell'esposizione alcune ulteriori variabili delle possibili interazioni tra A e B o A e V, che accenniamo soltanto.

Ci riferiamo, in primo luogo, al *numero dei soggetti coinvolti*. Vi possono essere più agenti che apportano ciascuno un contributo al fatto realizzato da B o da V. Le rispettive formule quindi si modificheranno in questo modo:  $A + A1 + A2 + \dots + B \rightarrow R$  e  $A + A1 + A2 + \dots + V \rightarrow L$ . Questi altri soggetti (A1, A2, etc.) hanno in comune con A una caratteristica: non sono i più prossimi alla lesione al bene giuridico, secondo un criterio logico, spaziale e temporale. Pensiamo al primario (A), al direttore sanitario (A1), al responsabile della formazione (A2) di uno specializzando di chirurgia (B) che commette

un tragico errore e causa la morte del paziente in sala operatoria: di questi, solo lo specializzando è il più prossimo alla realizzazione materiale del danno, mentre tutti gli altri hanno in comune una responsabilità per la selezione, la formazione e/o la mancata sorveglianza di B. Un altro esempio: tanto lo psicologo (A), quanto il direttore del carcere (A1), quanto l'agente di polizia penitenziaria (A2) sono potenziali responsabili per il suicidio di un detenuto (V), e tutti si differenziano da quest'ultimo per non essere soggetti così prossimi alla lesione del bene vita da esserne sia agenti, sia vittime.

Il nostro studio si concentrerà essenzialmente sulla responsabilità di uno tra questi soggetti (che indichiamo convenzionalmente come A), prendendo in considerazione l'operato degli altri (A1, A2, etc.) esclusivamente in quanto ulteriori fattori della responsabilità del primo: altro è infatti essere l'unico garante di un terzo soggetto debole, altro è condividere questa responsabilità; altro è essere l'unico ad influenzare il soggetto B o V con la propria condotta, altro è far parte di un gruppo di soggetti i quali esercitano tale influenza. È ovvio che lo stesso meccanismo di analisi utilizzato per valutare come A è influenzato dal comportamento di A1, di B e di V potrà essere viceversa utilizzato per comprendere come la responsabilità di A1 sia influenzata da A, da B e da V, poiché ciascuno di questi soggetti ha una responsabilità disegnata in dipendenza dal comportamento del soggetto più prossimo alla lesione.

Un'altra variabile potenzialmente applicabile a tutti i nostri esempi riguarda la *possibilità, per i diversi soggetti coinvolti (A, A1, A2, etc.), di agire in perfetta sincronia, contemporaneamente e nello stesso luogo* (per esempio, due chirurghi che sbagliano simultaneamente a maneggiare i loro bisturi mentre operano un paziente; due carabinieri che simultaneamente catturano un ladro in fuga ed eccedono nella forza necessaria per contenere le sue proteste provocandone il soffocamento), *ovvero di intervenire successivamente e/o in luoghi distinti; e di farlo per ragioni fisiologiche o patologiche* (due medici possono succedersi nel processo di cura del paziente in modo assolutamente rispettoso delle *leges artis*, oppure sovrapporsi invadendo indebitamente il campo del collega; l'amministratore delegato di un'impresa giunto al termine del suo mandato passa le consegne al successore, ma non altrettanto semplice è tale passaggio quando il primo viene per esempio accusato di bancarotta e viene sostituito d'ufficio). In tali casi, la griglia di analisi consente, per esempio, di affrontare le problematiche dei doveri di

informazione del garante cessato nei confronti del successore, della responsabilità del secondo per le condotte esclusive del primo, e così via.

Infine, *il comportamento autolesivo di V può determinare una lesione, oltre che della propria, anche della sfera giuridica soggettiva di A, o di un altro soggetto, o una lesione di un bene collettivo, ovvero di più di un bene*. In questo caso si verifica una combinazione tra i due modelli, poiché lo stesso soggetto può essere considerato come B o come V (a condizione naturalmente che egli rimanga in vita, e gli possa quindi essere imputata la responsabilità penale per i danni causati ai terzi).

## **5. Riassumendo: l'oggetto della nostra indagine**

A conclusione di queste note introduttive, può non essere inutile una breve ricapitolazione dell'oggetto e dei limiti della nostra indagine.

Abbiamo osservato che esistono nel nostro ordinamento casi in cui la responsabilità di un soggetto sembra “dipendere” da un fatto altrui, laddove un collegamento imposto dalla legge o verificatosi, anche spontaneamente, nella realtà fattuale determina un legame tra il comportamento di chi è meno vicino dal punto di vista logico e/o spaziale e/o temporale alla realizzazione della lesione al bene giuridico (A) e il comportamento del soggetto ad essa più prossimo (B). Pertanto, la responsabilità di A è in qualche modo collegata, dipendente dal comportamento di B, o – il che è lo stesso – il comportamento di B è uno dei fattori che determinano la responsabilità di A.

La nostra analisi intende osservare questo intreccio con riguardo alle sole persone fisiche, e non anche ai rapporti tra gli enti e le persone fisiche, ed esclusivamente dall'angolo prospettico della responsabilità di A, e viene ulteriormente limitata alle condotte non dolose di A, siano esse colpose o incolpevoli, attive o omissive. Nessun limite invece alle condotte di B, che possono essere attive o omissive, incolpevoli, colpose o dolose.

Un'ulteriore variabile, che corrisponde alla *summa divisio* dei due gruppi di esempi che abbiamo individuato, riguarda il comportamento di B, che può essere tanto

eterolesivo, quanto autolesivo. Nel primo caso, l'interazione tra A e B sfocia nella lesione di un bene giuridico di cui B non è titolare, o di un bene collettivo se B non si trova tra i soggetti in concreto messi in pericolo o danneggiati, e pertanto determina la realizzazione di un reato ( $A + B \rightarrow R$ ). Nel secondo caso, il comportamento di chi è più vicino alla lesione non ha propriamente un rilievo penale, in quanto egli stesso è tra i soggetti in concreto danneggiati o esposti al pericolo; per questo rinominiamo il soggetto B come V, indicando che è la vittima della vicenda ( $A + V \rightarrow L$ ).

Per comprendere in che termini la struttura della responsabilità di A sia influenzata dal legame tra A e B o tra A e V, analizzeremo allora, nei prossimi capitoli, le diverse note relazionali, cioè i segmenti, all'interno dei vari elementi del reato, in cui la struttura della responsabilità penale impone di considerare il comportamento altrui. Alcune di queste note relazionali sono presenti nel fatto tipico: prime fra tutte l'interferenza tra gli apporti causali dei soggetti coinvolti, la c.d. "causalità psichica" e le peculiarità legate al reato omissivo improprio, ipotesi in cui ad A viene esplicitamente richiesto di impedire il fatto di B o V, o un evento alla cui realizzazione B o V contribuiscono. La colpevolezza è un altro terreno particolarmente fecondo per la nostra analisi: si pensi alla formulazione di una regola cautelare che impone ad A di tener conto di quanto l'altro potrebbe compiere, o alla verifica della prevedibilità e dell'evitabilità della condotta dell'altro da parte di A, o, ancora, all'accertamento dei limiti di quel principio di autoresponsabilità secondo cui ogni soggetto risponde esclusivamente in rapporto a quanto compie od omette (e, di conseguenza, A non si dovrebbe preoccupare del comportamento di B o di V). Infine, la cooperazione colposa e il concorso colposo nel reato doloso sono gli istituti concorsuali che vorrebbero esprimere, in termini di tecniche di imputazione, l'esistenza di questa interferenza tra i comportamenti di A e B, e il legame tra la responsabilità del primo e la condotta del secondo, ma avremo modo di discutere circa l'ammissibilità strutturale e l'efficacia di questi strumenti.

Come si può facilmente comprendere dagli esempi che abbiamo enunciato, sono molte le occorrenze di responsabilità colposa intrinsecamente legata ad un fatto altrui. Il tema entra quasi "prepotentemente" in gioco nell'odierna "società del rischio": la necessità di individuare un organigramma funzionale all'interno di grandi organizzazioni, ricercando la corrispondenza tra ogni ruolo e le responsabilità che

comporta in termini di decisioni sul prodotto o sul servizio offerti, la frammentazione delle competenze tradizionali, i moderni approcci di *risk management* sono tutti esempi della crescente complessità della società contemporanea, che porta con sé i rischi di un'attribuzione poco chiara o meramente formale e non corrispondente alla realtà delle responsabilità, di un'interferenza tra gli ambiti decisionali e di competenza di diversi soggetti, di uno scollamento tra ogni ruolo e i relativi, concreti poteri di azione e di controllo<sup>18</sup>.

A fronte di un quadro prasseologico così stimolante, e per certi versi problematico, si comprende l'esigenza di studiare questo fenomeno dal punto di vista teorico. Il nostro scopo non è quello di offrire una soluzione esaustiva alle molte tematiche di straordinario interesse che si potrebbero sviluppare rispetto ad ognuna delle suggestioni presentate. Piuttosto, vorremmo tracciare uno schema di analisi della responsabilità di A che segua il *fil rouge* delle note relazionali in senso trasversale rispetto ai singoli elementi del reato, privilegiando un approccio unitario e segnalando, innanzitutto, l'impossibilità di studiare i caratteri di un elemento di relazionalità dimenticando di considerare gli altri.

---

<sup>18</sup> “Per gli illeciti connessi all’attività di organizzazioni complesse, l’attribuzione di responsabilità è esposta a rischi di slittamento indebito: vuoi verso il basso, colpendo esecutori sprovvisti di poteri reali, vuoi verso l’alto, colpendo soggetti muniti di poteri, ma in concreto incolpevoli. Ecco perché il problema dei ‘soggetti responsabili’ si intreccia strettamente con quello dei presupposti soggettivi della responsabilità: si tratta di determinare le condizioni nelle quali il verificarsi di eventi penalmente sanzionati possa essere attribuito a colpa del soggetto indicato dalla legge come garante, evidenziando presunzioni od automatismi nell’attribuzione delle colpe”. Così D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 419.



# Capitolo II

## Le note relazionali nel fatto tipico

SOMMARIO – 1. Una questione preliminare: la distinzione tra azione e omissione – 1.1. La nozione di condotta. Un *genus* comune ad azione e omissione? – 1.2. Le nozioni di azione e omissione e i possibili criteri distintivi tra l'una e l'altra – 1.2.1. Il criterio dell'introduzione, dell'aumento o del mancato contrasto del rischio per il bene giuridico – 1.3. Il c.d. "momento omissivo della colpa" – 2. Le note relazionali del fatto tipico nelle fattispecie attive: i problemi legati al nesso di causalità – 2.1. Le concause nelle fattispecie commissive – 2.1.1. La permanenza del nesso causale tra la condotta di A e l'evento: le ipotesi riconducibili all'art. 41, commi 1 e 3 c.p.; la causalità addizionale; il diverso caso della causalità ipotetica – 2.1.2. L'interruzione del nesso causale: le ipotesi riconducibili all'art. 41, comma 2 c.p. e il dibattito sul suo significato per l'ordinamento italiano – 2.2. La causalità motivazionale – 3. Le note relazionali del fatto tipico nelle fattispecie omissive – 3.1. Le differenze in termini di "relazionalità" tra fattispecie omissive proprie e improprie – 3.2. La relazionalità nel fatto tipico dei reati omissivi impropri: l'individuazione dei soggetti garanti e l'obbligo giuridico di impedire l'evento – 3.2.1. La *ratio legis*: perché l'ordinamento prevede l'obbligo di impedire un reato altrui – 3.2.2. A quali tipi di reati si applica la clausola dell'art. 40, comma 2? – 3.2.3. Le fonti dell'obbligo di impedimento e la posizione di garanzia: un dibattito aperto – 3.2.4. Il confronto con l'ordinamento tedesco – 3.2.5. Una proposta di sintesi – 3.3. La relazionalità nel fatto tipico dei reati omissivi impropri: l'equivalenza tra agire e omettere – 3.4. Le peculiarità del nesso causale nei reati omissivi – 3.4.1. La tesi della diversità strutturale tra causalità attiva e omissiva – 3.4.2. La tesi della sostanziale identità tra causalità attiva e omissiva – 3.4.3. Una diversa prospettiva: la parziale sovrapposizione tra accertamento del nesso di causalità e accertamento del carattere colposo della condotta nei reati omissivi – 3.4.4. La tesi della non coincidenza tra causalità attiva e omissiva

Nel capitolo introduttivo abbiamo definito l'oggetto della nostra analisi: le condizioni alle quali può essere mosso un rimprovero penalistico per la condotta colposa di un soggetto A in relazione ad un fatto immediatamente riconducibile alla condotta di un soggetto B (o V), che è il più vicino dal punto di vista spaziale e/o temporale e/o

logico alla realizzazione del reato o della lesione ad un bene giuridico di cui egli stesso sia il titolare. Abbiamo altresì individuato sommariamente alcune note relazionali, cioè alcuni elementi della struttura del reato che esprimono appunto il carattere relazionale della responsabilità, cioè il legame funzionale tra la responsabilità di A e il comportamento di B. Alcune di queste riguardano quello che nella sistematica di analisi del reato viene definito il fatto tipico: si tratta dell'interferenza causale tra le varie condotte e degli ulteriori elementi relazionali legati al reato omissivo improprio (la selezione dei soggetti garanti, il contenuto dell'obbligo di impedimento, l'equivalenza causale tra agire e omettere, la cornice edittale di riferimento). Il presente capitolo sarà dedicato alla loro analisi.

Prima di procedere, dobbiamo però soffermarci su un tema in qualche modo preliminare: la distinzione tra azione e omissione. Come si ricorderà, nel capitolo introduttivo abbiamo fatto ricorso a due matrici per illustrare le possibili combinazioni tra le condotte di A e B, o di A e V, introducendo, tra le altre, la variabile della natura attiva od omissiva di entrambe le condotte dei soggetti coinvolti. Diviene allora necessario raccogliere da un dibattito dottrinale assai fecondo le migliori suggestioni per elaborare un solido criterio di distinzione tra l'azione e l'omissione, che resti valido anche nelle situazioni più complesse, criterio la cui individuazione costituirà una base imprescindibile per l'ulteriore studio della struttura delle note relazionali.

## **1. Una questione preliminare: la distinzione tra azione e omissione**

Apparentemente, basta l'osservazione della realtà materiale per distinguere tra una condotta commissiva e una omissiva. Tuttavia, più frequentemente di quanto non sembri, si verificano situazioni in cui singoli comportamenti attivi si affiancano o si sovrappongono ad altri omissivi, così che l'interprete, chiamato a stabilire la natura della condotta, si trova in difficoltà.

Gli esempi più fecondi sono quelli legati all'attività sanitaria; pensiamo per esempio al caso VII che abbiamo riportato nella nostra griglia esemplificativa: l'infettivologo compie una diagnosi errata, credendo di riconoscere i sintomi di una patologia diversa da quella di cui soffre realmente il paziente, e prescrive un farmaco inadatto. Ebbene, da un lato, egli omette la prescrizione del farmaco corretto; dall'altro, compie una diagnosi, e ordina la somministrazione di un medicinale. Quale aspetto dovrà essere privilegiato, nella valutazione complessiva della condotta? *Quid* se il farmaco prescritto, anziché essere semplicemente inefficace, aggrava anche le condizioni di salute del paziente?

Ma gli esempi si potrebbero moltiplicare anche al di fuori della responsabilità medica; si pensi al caso in materia di sicurezza dei lavoratori riportato nel quinto sottogruppo: se in un'azienda vengono ridotte le misure per la prevenzione degli incendi, e poco tempo dopo vengono installati dei nuovi macchinari che aumentano il rischio di incendio in alcuni capannoni, dovrà essere privilegiato il momento attivo della condotta (far installare le nuove macchine o ridurre i meccanismi di prevenzione) o quello omissivo (*non* adeguare i sistemi antincendio)?

Ancora, in materia di circolazione stradale: chi travolge un ciclista in seguito ad un sorpasso pericoloso, da un punto di vista strettamente naturalistico compie sia un'azione, cioè continuare a premere sull'acceleratore e affiancarsi al veicolo più lento, sia un *non facere*, cioè non si arresta in tempo (caso III).

Situazioni particolarmente spinose sono poi quelle in cui si manifesta una rapida successione di condotte attive e omissive, caratterizzate da un c.d. "intreccio simultaneo"<sup>1</sup>: si immagini, per esempio, il caso di un bagnino che raggiunge un bagnante che sta affogando al largo, gli getta il salvagente ma per errore lo colpisce alla testa e avvia il motoscafo per ripartire alla volta della riva senza che il bagnante, stordito dalla botta, abbia afferrato il salvagente; debbono qui prevalere le condotte positive – quali avviare il motoscafo, raggiungere il bagnante, gettare il salvagente, ripartire –, o quelle negative, cioè non prendere il bagnante a bordo, non controllare che abbia afferrato il salvagente,

---

<sup>1</sup> Per quest'espressione, cfr. M. ROMANO, Pre art. 39, in *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2004, vol. I, p. 314.

non riportarlo a riva? E vi sono anche reati che apparentemente non possono essere commessi se non attraverso la realizzazione di una duplice condotta, sia attiva, sia omissiva; alcuni esempi sono l'insolvenza fraudolenta<sup>2</sup> e la mancata esecuzione di un provvedimento del giudice<sup>3</sup>.

È però davvero necessario operare in modo così particolareggiato questa distinzione? Quali le caratteristiche strutturali della condotta attiva assolutamente non trasponibili a quella omissiva (e viceversa)? Si tratta di due *species* del medesimo *genus*, di cui possiamo valorizzare un inquadramento comune, oppure di due entità del tutto separate, innanzitutto da un punto di vista logico e dogmatico, le cui differenze strutturali sono troppo significative per essere ignorate? In quest'ultimo caso, uno dei due inquadramenti si rivela in qualche modo più favorevole all'agente, per esempio per il minor rigore richiesto nell'accertamento del nesso di causalità e della colpevolezza?

Anticipiamo un'affermazione che tenteremo di dimostrare nel corso del lavoro: a nostro avviso, le differenze strutturali tra le fattispecie attiva e omissiva sono effettivamente di notevole importanza. Non si tratta soltanto di compiere una scelta di natura classificatoria, ma di riconoscere una diversa struttura della condotta che implica radicali differenze nella fisionomia di altri elementi del reato, quali il nesso di causalità e il rapporto tra questo e la verifica della colpa in concreto. Inoltre, va da sé che alcune

---

<sup>2</sup> Art. 641 c.p.: "Chiunque, dissimulando il proprio stato d'insolvenza, contrae un'obbligazione col proposito di non adempierla è punito, a querela della persona offesa, qualora l'obbligazione non sia adempiuta, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a 516 euro".

<sup>3</sup> Art. 388, comma 1, c.p.: "Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria stessa, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi all'ingiunzione di eseguire il provvedimento, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032". Preferiamo anticipare subito la risoluzione di quello che è, in fondo, l'ipotesi meno complessa tra quelle riportate: la dottrina ha parlato in questi casi di "reati a condotta mista", anche se alcuni autori propendono per una semplice riconduzione della categoria alla fattispecie a condotta plurima. A seconda che si privilegi dunque la concezione naturalistica o quella normativa, si tratterà di individuare due comportamenti umani o due precetti diversi, che devono tuttavia essere entrambi presenti per l'integrazione del reato. Cfr. I. CARACCIOLI, voce *Condotta*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, Treccani, 1988, vol. VIII, p. 9.

note relazionali sono proprie esclusivamente delle fattispecie omissive improprie, che l'interprete deve avere la possibilità di individuare in modo sicuro.

### ***1.1. La nozione di condotta. Un genus comune ad azione e omissione?***

Il tema della distinzione tra azione e omissione non può essere affrontato senza fare brevemente riferimento ad un altro concetto, quello di *condotta*, intorno al quale si è sviluppato un ampio dibattito che ha a lungo impegnato gli studiosi. Il legislatore parla della “condotta del reo”, contemporanea o successiva rispetto al reato, come un fattore per commisurare la pena e la misura di sicurezza (rispettivamente, art. 133, comma 2 e art. 203, comma 2 c.p.), nonché quale presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione: sembra quindi adottare un concetto piuttosto elastico, forse generico, che indica in genere il comportamento del reo. Il significato usualmente adottato dalla dottrina penalistica, invece, si riferisce a quella parte dell'elemento oggettivo del reato che indica solo il comportamento umano che costituisce reato, senza tuttavia comprendervi né i suoi presupposti, né l'evento che ne deriva<sup>4</sup>; il codice penale, per indicare quest'ultimo concetto, utilizza spesso il binomio “*azione od omissione*” (cfr., per es., artt. 40, 41, 42, 43 c.p.)<sup>5</sup>.

La nozione di condotta indica, nel suo contenuto minimo, una selezione tra i comportamenti che il diritto penale prende in considerazione, escludendo da un lato i

---

<sup>4</sup> Cfr. F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, Istituto editoriale scientifico, 1928, pp. 184 ss.; G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XII ed., Padova, Cedam, 1986, pp. 273 ss.; M. SPASARI, voce *Condotta (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, vol. VIII, pp. 837 ss.

<sup>5</sup> Peraltro, l'espressione “azione od omissione” in altri casi viene utilizzata dal legislatore per indicare l'intero fatto di reato, come nel caso dell'art. 81, comma 2, Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 86 ss. Similmente, i manuali più risalenti parlavano di condotta in senso lato, comprendente anche l'evento, e di condotta in senso stretto, che invece lo escludeva (cfr. M. SPASARI, voce *Condotta (dir. pen.)*, cit., p. 838).

“moti dell’animo” che non trovano una corrispondenza esterna, quindi che non si traducono in un danno o un pericolo per un bene giuridico tutelato; dall’altro, esprime l’esigenza che tale comportamento debba essere attribuibile ad uno o più soggetti, con l’irrevocabile rifiuto di ogni ipotesi di responsabilità oggettiva o di responsabilità altrui, in conformità all’art. 27 Cost.; infine, esclude alcuni comportamenti che sono riferibili ad un soggetto da un punto di vista naturalistico, ma non altrettanto secondo una logica di imputazione giuridica (quali i riflessi, i movimenti involontari e altri movimenti sui quali la persona non ha alcun controllo). Ancora, dopo l’avvento della Costituzione, è imprescindibile che alla base di ciascun reato vi sia proprio un comportamento dell’agente, con l’esclusione dei reati di stato, di mero sospetto, di posizione (cfr., ad esempio, gli artt. 707 e 708 c.p., dichiarati costituzionalmente illegittimi, rispettivamente, con sent. C. cost. 2 febbraio 1971, n. 14 e sent. C. cost. 2 novembre 1996, n. 370)<sup>6</sup>.

Il concetto ha però evidenziato notevoli problematiche allorché gli autori hanno tentato di definirne più precisamente il contenuto, di comprendere in che senso la presenza di una condotta sia condizione necessaria per poter parlare di un reato, ma soprattutto di costruire questa nozione in senso unitario, creando un unico *genus* a cui ricondurre tanto le fattispecie attive, quanto quelle omissive, tanto quelle dolose, quanto quelle colpose e di responsabilità oggettiva<sup>7</sup>. Quello che ci interessa, allora, è

---

Va inoltre precisato che il termine “azione” è stato talora utilizzato in senso ampio, sostanzialmente come sinonimo di condotta, talaltra in senso più ristretto (come solitamente fa la dottrina), per indicare la sola condotta attiva, contrapposta alla condotta omissiva. Nella nostra analisi faremo riferimento sempre a questa seconda accezione.

<sup>6</sup> Le citate sentenze sono reperibili sul sito [www.cortecostituzionale.org](http://www.cortecostituzionale.org). Parte della dottrina, argomentando intorno al legame tra il fatto e la responsabilità, era pervenuta a tali conclusioni anche prima dell’entrata in vigore della Carta fondamentale; cfr. G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 285 ss.; M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. XIII, pp. 754 ss.

<sup>7</sup> Tra gli innumerevoli riferimenti a cui è possibile rimandare per l’approfondimento di questi temi, cfr. M. GALLO, *La teoria dell’azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, in *Studi urbinati*, 1948/49-1949/50, n. 1-2, pp. 213 ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come «azione»*. *Critica di un dogma*, Milano, Giuffrè, 1971, *passim*; M. RONCO, *L’azione «personale»*. *Contributo all’interpretazione dell’art. 27, primo comma Costituzione*, Torino, G. Bessone, 1984, pp. 111 ss.

comprendere se e in che termini sia ancora utile parlare di condotta come di un elemento concettualmente autonomo, ben riconoscibile, ma soprattutto distinto dall'azione e dall'omissione, o se non si tratti piuttosto di un concetto vuoto, sostanzialmente inutile in una sistematica che ben potrebbe reggersi sulla costruzione c.d. "separata" delle condotte attive e omissive (e, parallelamente, dolose, colpose, di responsabilità oggettiva). L'utilità, per così dire, della nozione in relazione alla coppia concettuale azione-omissione dipende ovviamente dal suo contenuto, e nel corso del tempo sono state proposte diverse soluzioni.

Secondo le *concezioni c.d. sintomatiche*, la condotta altro non è che il sintomo della pericolosità del soggetto nei confronti dei consociati e della sua volontà di ribellione nei confronti dell'ordinamento, o un sintomo del suo modo di essere<sup>8</sup>. La *concezione naturalistica* ravvisa al contrario in essa essenzialmente un fatto materiale, oggettivamente rilevabile, idoneo a cagionare la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico protetto, e tale fatto è determinato dalla volontà di chi lo realizza<sup>9</sup>. Un'altra idea sottolinea che ogni condotta è portatrice di un *disvalore sociale* che influisce sulla rete di rapporti tra l'autore e gli altri consociati. La *concezione teleologica* legge invece la condotta come un'azione umana sempre orientata ad un fine preciso<sup>10</sup>, e la *concezione finalistica*, che ne rappresenta una variante estrema, rigetta decisamente il naturalismo, propugna una nozione unitaria di condotta e uno sconvolgimento della sistematica del reato poiché l'elemento soggettivo, in particolare quello doloso, rientra nella condotta tipica<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. sul punto G. BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, p. 3.

<sup>9</sup> Si fa tradizionalmente risalire questa interpretazione alla dottrina tedesca. Cfr. E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 8 ss.; F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1914, p. 126; E. MEZGER, *Strafrecht. Ein Studienbuch*, München-Berlin, 1955, pp. 43-44; A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München-Berlin, 1954, p. 10.

<sup>10</sup> G. BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, cit., p. 3.

<sup>11</sup> "La finalità o conformità allo scopo dell'azione poggia su ciò. Che l'uomo in base al suo sapere causale è in grado di prevedere entro determinati limiti le possibili conseguenze del suo operare, di porsi molteplici obiettivi e di orientare la sua attività verso il loro raggiungimento. [...] L'attività finalistica è l'agire consapevolmente diretto verso un obiettivo, mentre l'accadere meramente causale non è governato da uno scopo, ma rappresenta il risultato causale delle condizioni causali di volta in volta presenti". Così H. WELZEL,

Infine, la *concezione giuridico-normativa* definisce la condotta penalmente rilevante in modo strettamente dipendente dalla formulazione delle fattispecie incriminatrici: la condotta è ciò che la norma descrive<sup>12</sup>. Vale la pena soffermarsi su quest'ultima teoria: i suoi sostenitori affermano che la teoria naturalistica conserverebbe il merito di sottolineare la necessità che ogni condotta sia accompagnata da coscienza e volontà, e la teoria teleologica offrirebbe spunti interessanti per distinguere i singoli atti dalla condotta nel suo complesso, ma entrambe si sforzerebbero di ricostruire un inutile concetto unitario, mentre ciò che interessa all'interprete è individuare un comportamento corrispondente a quanto descritto dal legislatore. Tale concezione sarebbe inoltre l'unica ad accordarsi con il precetto costituzionale di cui all'art. 25 Cost.: se tale norma parla della necessità che in ogni reato sia presente un "fatto", e che lo stesso sia descritto dal legislatore in modo sufficientemente preciso, il parametro da osservare per comprendere quale sia il comportamento riprovato non può che essere il modo in cui il legislatore lo tipizza<sup>13</sup>.

Ciascuna di queste interpretazioni presenta però *notevoli limiti*. È opinione abbastanza comune che debbano essere respinte quelle concezioni che della condotta accentuano il "modo di essere" dell'autore, il valore della sua ribellione all'ordinamento o addirittura la sua pericolosità; queste teorie, infatti, sminuiscono il valore oggettivo del comportamento, a tutto vantaggio dell'atto volitivo o delle semplici qualità del soggetto, al punto che ciò che l'autore realizza diventa quasi un'occasione per punirlo

---

*Lehrbuch*, p. 32, nella traduzione di G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2014, p. 226. Per uno studio sui profili di convergenza e divergenza tra la teoria teleologica e quella finalistica, cfr. R. PANNAIN, *Struttura del reato*, Milano, Vallardi, 1958, pp. 33 ss. è doveroso precisare che lo sconvolgimento sistematico della teoria della condotta proposto da questa concezione è piuttosto difficile da accogliere, tantopiù che lo scopo di costruzione di un concetto unitario di condotta non è stato pienamente raggiunto e vi sono notevoli problemi circa le condotte colpose, che potrebbero essere solo "potenzialmente" finalistiche, a differenza di quelle dolose, o quantomeno dovrebbero essere orientate ad un evento diverso da quello tipico.

<sup>12</sup> Ancora con riferimento alla risalente dottrina tedesca, cfr. K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1914, vol. II, pp. 82-83; G. RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Festgabe für Frank*, a cura di A. Hegler, Tübingen, 1930, vol. I, p. 161.

<sup>13</sup> I. CARACCIOLI, voce *Condotta*, cit., p. 2.



per quello che pensa o che è: un risultato assolutamente incompatibile con la moderna concezione oggettivistica del diritto penale, sancita dai riferimenti degli artt. 25 e 27 Cost.<sup>14</sup>. La teoria naturalistica presenta il grande difetto di non riuscire a spiegare la rilevanza penalistica dell'omissione, dove manca un movimento corporeo oggettivamente identificabile, e del tentativo, in quanto realizzazione solo parziale della volontà dell'autore che non giunge alla piena estrinsecazione sul piano materiale, né alla perfezione del danno o del pericolo. Inoltre, rischia di scomporre il concetto di condotta in un'infinità di singoli atti che sono sì movimenti corporei percepibili all'esterno, ma rischiano di rimanere privi di rilevanza giuridica<sup>15</sup>. D'altra parte, la teoria teleologica valorizza il concetto unitario di reato, ma rischia di risultare incompatibile con qualsiasi impostazione sistematica fondata sulla distinzione tra elemento oggettivo e soggettivo, e inoltre non è una teoria del tutto indipendente, poiché non può fare a meno di richiamare sia la teoria naturalistica, e quindi la rilevabilità della condotta, sia la teoria normativa, cioè la contraddizione tra quanto realizzato e un precetto ordinamentale; presenta inoltre difficoltà nel definire le fattispecie di colpa "incosciente", che sembrano in flagrante contraddizione con la prospettata intenzionalità almeno potenziale di ogni condotta umana<sup>16</sup>. Quest'ultimo limite è poi condiviso dalla teoria finalistica<sup>17</sup>. Infine, la teoria giuridico/normativa abbandona dichiaratamente la pretesa di una nozione unitaria di condotta, ma rischia di ridurre il concetto di condotta ad uno schema puramente astratto e ancora una volta non può ignorare il dato naturalistico, ma neppure gli ulteriori elementi teleologici e di disvalore che connotano la condotta penalmente rilevante<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Lo rilevava già M. ROMANO, Pre art. 39, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. I, p. 272.

<sup>15</sup> Cfr. M. RONCO, *L'azione «personale»*, cit., p. 24 ss.

<sup>16</sup> Cfr. per queste critiche F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, Cedam, 2017, pp. 156 ss.

<sup>17</sup> G. MARINI, voce *Condotta*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, Utet, 1989, vol. III, p. 15; M. GALLO, *La teoria dell'azione «finalistica»*, cit., *passim*.

<sup>18</sup> Così R. PANNAIN, *Struttura del reato*, cit., p. 34 ss.; M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1999, p. 65 ss.

Vi sono coloro che, per ovviare a questi difetti, propendono per un *tentativo di sintesi* tra le dottrine. Secondo alcuni studiosi, in ogni condotta è presente una nota di fisica avvertibilità, dunque un elemento che può essere rilevato naturalisticamente – sia nell’azione, sia nell’omissione –, come anche è presente sempre un elemento normativo, cioè il fatto che quel comportamento è conforme a quanto descritto dalla norma incriminatrice. Pertanto, la condotta troverebbe una dimensione unitaria, identificandosi come quel comportamento oggettivamente percepibile che, a giudizio dell’ordinamento, non avrebbe dovuto essere realizzato. Certo, in questa prospettiva il modello di condotta non è totalmente unitario, perché sussistono delle differenze nel modo in cui essa si manifesta (fattispecie attive od omissive: si veda *infra*), ma ciò che è comune è la disciplina, con riferimento alle regole di causalità, di riferibilità della condotta al soggetto agente, di unità e pluralità di reati. L’unico campo in cui non è possibile ritrovare un concetto unitario è invece quello della colpevolezza, poiché le differenze tra dolo, colpa e responsabilità oggettiva sono tali da non ammettere questa operazione<sup>19</sup>.

Una risalente proposta suggeriva addirittura di integrare le conclusioni di ben tre teorie, quella naturalistica, quella teleologica e quella normativa: la prima, infatti, non potrebbe essere ignorata senza rendere addirittura impossibile la costruzione di una teoria del reato; la seconda sottolineerebbe “*il contenuto sociale e i momenti di valore della condotta, ricordandone, di fronte alle pur necessarie esigenze dell’analisi, il decisivo significato unitario, sia ai fini della ricostruzione complessiva del sistema, sia ai fini di una soddisfacente soluzione di alcuni problemi specifici (per esempio la convergenza di più atti in un unico comportamento in relazione all’istituto del concorso di reati)*”<sup>20</sup>; la terza sarebbe funzionale a riportare il concetto al confronto con quanto previsto dal legislatore e offrirebbe, come

---

<sup>19</sup> G. MARINI, voce *Condotta*, cit., pp. 16-18 e nota 24. È poi ovvio che la condotta da sola non esaurisce il disvalore del fatto di reato, che dipende anche da tutti gli altri elementi che contribuiscono alla tipicità, *in primis* il disvalore dell’evento e la lesione o la messa in pericolo di un bene giuridico. Sul rapporto tra disvalore della condotta e disvalore dell’evento v. N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell’illecito penale. L’illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, Giuffrè, 1983; sul rischio di legare il disvalore solo alla condotta o solo all’evento, già segnalato trent’anni fa, cfr. poi M. ROMANO, Pre art. 39, cit., 1987, vol. I, p. 266.

<sup>20</sup> M. SPASARI, voce *Condotta (dir. pen.)*, cit., pp. 838-839.

vedremo in seguito, un importante contributo alla definizione di omissione. Così, la chiarezza concettuale e sistematica che non è raggiunta da alcuna teoria singolarmente, potrebbe essere ottenuta da una commistione delle stesse.

Altri studiosi hanno invece tratto una *conclusione radicale e assai pessimista* circa la rilevanza del concetto di condotta nell'attuale panorama penalistico. Ritengono infatti che nessuna delle impostazioni cui abbiamo accennato sia in grado di adempiere con sufficiente precisione il compito definitorio del concetto, cioè che nessuna riesca a identificare un contenuto minimo, presente in ogni tipo di fattispecie penale, che corrisponda all'essenza della condotta. Di conseguenza, verrebbe meno anche la funzione classificatoria di questo concetto, perché i singoli connotati delle varie tipologie di fattispecie (quali l'azione, l'omissione, il dolo, la colpa) sono tanto diversi tra loro da non poter efficacemente essere ricondotti ad un *genus* unitario, che nelle prospettazioni tradizionali vorrebbe essere, appunto, la condotta. Infine, questo concetto non adempirebbe neppure alla c.d. funzione negativa, cioè identificare quali comportamenti umani *non* sono rilevanti agli occhi del penalista (per esempio, i movimenti corporei rispetto ai quali il soggetto non ha né dominio, né dominabilità, come i riflessi, o i casi in cui l'agente viene fisicamente costretto a compiere o non compiere un'azione). Le ragioni sono due: da un lato, la differenza tra le singole tipologie di fattispecie (attive, omissive, dolose, colpose) suggerisce non tanto il riferimento ad un concetto unitario, ma piuttosto la costruzione della sistematica del reato per tipi separati (fattispecie commissive dolose e commissive colpose, omissive dolose e omissive colpose); dall'altro, l'esigenza di selezione dei comportamenti umani si traduce non in un problema dogmatico sulla fisionomia della condotta, ma piuttosto in un problema di imputazione; quest'ultimo, per quanto riguarda le fattispecie colpose viene risolto con quegli istituti, disciplinati dal diritto positivo, che alla luce di alcune circostanze concomitanti all'azione o all'omissione ne escludono la rilevanza penale: si pensi al costringimento fisico e al caso fortuito (art. 45 c.p.), alla forza maggiore (art. 46 c.p.), alle molto più numerose circostanze anormali concomitanti quali la minaccia, il terrore, la paura (che contrastano con la prescrizione dell'art. 42 c.p. secondo cui l'azione dev'essere commessa *con coscienza e volontà*); per le fattispecie dolose, dal momento che lo stesso elemento psicologico richiede un'effettiva coscienza e volontà, la presenza di un'influenza sulla

libertà e l'autodeterminazione dell'agente incidono al più sulla misura della colpevolezza, e determinano una pena più lieve ai sensi dell'art. 133 c.p. e grazie al ricorso alle attenuanti generiche (art. 62 bis c.p.)<sup>21</sup>. Quel "contenuto minimo" di cui abbiamo parlato all'inizio del paragrafo, resta poi assicurato dalle garanzie costituzionali e da altre norme che sono indipendenti dalla ricerca di una nozione di condotta.

La nostra *posizione* è ancora diversa. Ci sentiamo di condividere le scettiche conclusioni che abbiamo riportato sulla poca chiarezza del concetto – quale che sia la teoria o la sintesi tra le varie teorie, nessuna ci lascia del tutto soddisfatti – e sulla sua scarsa utilità in termini di selezione negativa dei comportamenti rilevanti. Tuttavia, pur concordando sull'eterogeneità tra azione e omissione (un'ipotesi di lavoro che verificheremo nei paragrafi immediatamente seguenti), e quindi sull'impossibilità di ricondurle ad un unico *genus*, ci sembra che la tanto discussa nozione di condotta possa ad ogni modo svolgere una modesta funzione *categoriale*, identificandosi semplicemente come il comportamento descritto dalla norma incriminatrice che, in presenza di tutta una serie di condizioni, può essere definito penalmente rilevante e quindi rimproverato al soggetto agente. Questo concetto assumerà poi connotati diversi a seconda che si tratti di un comportamento attivo od omissivo, doloso o colposo<sup>22</sup>. Non è un concetto generico, comune ai vari tipi di reato, ma solo un termine collettivo: la nozione di condotta resta utile semplicemente per identificare collettivamente – ma senza assimilarle! – queste distinte tipologie di comportamento umano rilevante, descritto dalla norma. Le differenze tra questa nostra prospettiva e gli altri tentativi di sintesi tra le varie teorie della condotta sono: l'abbandono della componente naturalistica, poiché riteniamo che tale logica implichi necessariamente l'adozione di un criterio materiale per distinguere tra azione e omissione, criterio che poco ci persuade, come

---

<sup>21</sup> Su questi fallimenti della teoria della condotta, v., M. RONCO, *L'azione «personale»*, cit., pp. 18-64 e, in particolare, G. MARINUCCI, *Il reato come «azione». Critica di un dogma*, cit., pp. 185 ss., in part. 186-188; 199-202; 244-246. Per la proposta di una costruzione sistematica separata, cfr. inoltre G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit.

<sup>22</sup> In senso parzialmente conforme, T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI ed., Milano, Giuffrè, 2017, pp. 133-134, che tuttavia riferisce la funzione categoriale alla possibilità della condotta di esprimere il comune riferimento di ogni condotta ad un comportamento umano, sia esso vietato (condotta attiva) o prescritto (condotta omissiva).

vedremo subito oltre; il radicale rifiuto dell'identità della disciplina, poiché ad una categoria entro la quale si possono iscrivere azione e omissione non corrisponde affatto – secondo la nostra opinione – una sovrapponibilità di regole sulla causalità e sui rapporti tra causa e causalità della colpa; infine, la più ridotta funzione della condotta che, secondo la nostra idea è utile solo ad indicare una categoria di comportamenti contrari alla norma di legge, non anche a fornire una definizione del concetto o a farne un criterio per stabilire cosa sia condotta e cosa non lo sia. Consapevoli della provvisorietà di tale conclusione, ci accingiamo a dimostrarla attraverso l'individuazione del significato di azione e omissione e del criterio per distinguerle.

## **1.2.      *Le nozioni di azione e omissione e i possibili criteri distintivi tra l'una e l'altra***

Come già abbiamo evidenziato, il concetto di condotta vive in una stretta relazione con quelli di azione e omissione, che ne rappresentano un banco di prova; per questo, gli studiosi hanno frequentemente cercato di definire parallelamente l'una e le altre, e di suggerire un criterio di distinzione. Ripercorrendo tali elaborazioni, ne discuteremo la validità, proponendo infine la nostra ipotesi, e verificando che sia compatibile con la semplice funzione categoriale di condotta che abbiamo provvisoriamente adottato. Avremo così individuato il criterio con cui proseguire l'analisi delle note relazionali che caratterizzano la responsabilità in relazione ad un fatto altrui.

a) Secondo la concezione *naturalistica*, l'azione è un movimento o un'attività del corpo che traduce in termini percepibili all'esterno gli impulsi del sistema nervoso; ciò comprende non solamente i movimenti compiuti del corpo, ma anche quelli che si concretizzano in un semplice sguardo, o nella parola. Il rischio è tuttavia quello di frammentare la nozione in mille rivoli di singoli atti poco significativi (riprendendo l'esempio del salvataggio in mare, la condotta del bagnino andrebbe scomposta nei singoli atti di scorgere il bagnante in difficoltà, scendere dalla postazione che occupa, correre verso il motoscafo, spingerlo in acqua, accendere il motore, raggiungere il

bagnante, etc.). L'altro grande ostacolo di questa teoria è la definizione dell'omissione: se l'azione è il comportamento esteriorizzato, sembra che all'omissione non possa che corrispondere un nulla dal punto di vista naturalistico, come suggerisce l'espressione letterale. L'omissione è almeno una condotta, o non è neppure questo, ed è quindi irrilevante per il diritto penale? E qual è allora la differenza tra la condotta e l'azione in senso stretto, dato che entrambe sembrano riconducibili ad un movimento corporeo oggettivamente percepibile?

Per sciogliere questo nodo, diversi autori sono andati in cerca di una "fisicità dell'omissione"<sup>23</sup>: si è parlato di *aliud agere*, cioè del comportamento che il soggetto concretamente realizza, diverso da quello che l'ordinamento si attende; altri autori hanno invece affermato che se la teoria naturalistica si basa sulla percezione, questa è presente sia per l'azione (si percepisce la presenza di un comportamento), sia per l'omissione (si percepisce l'assenza di un comportamento, *rectius* di quel comportamento atteso, indipendentemente da quanto venga in concreto realizzato al suo posto, cioè l'*aliud agere*): esattamente come in una partitura musicale la pausa, pur essendo assenza di una nota, viene percepita ugualmente dall'ascoltatore, e ha un valore diverso, ma non minore, così le due tipologie di condotta generano due percezioni diverse, ma sempre presenti nella sfera sensoriale dell'interprete<sup>24</sup>.

Osserviamo che la teoria naturalistica, che pure potrebbe essere ritenuta la più vicina al comune sentire, offre in realtà risposte incerte e definizioni non univoche, soprattutto per quanto riguarda l'omissione: parlarne come di *aliud agere* sembra escludere i comportamenti di semplice inerzia (ma si ribatte: esiste un'inerzia assoluta, in cui il soggetto non fa nulla, neppure dormire o respirare? Nell'attività sanitaria, anche dove il medico non cura affatto il paziente, egli ne esamina comunque la cartella clinica, o prende la decisione di dimetterlo; nel caso III, le condotte di entrambi gli automobilisti nella gara clandestina sono state qualificate come attive, ma che dire del fatto che A sia

---

<sup>23</sup> Su questi tentativi, cfr. G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930, p. 98. L'operazione di ricerca di una nota di fisicità nell'omissione è stata essenzialmente dettata da ragioni garantistiche, come illustrato da L. SCARANO, voce *Condotta*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, Utet, 1967, vol. III, p. 1164.

<sup>24</sup> G. MARINI, voce *Condotta*, cit., p. 17.

riuscito a frenare, mentre B no?); viceversa, intenderla solo come inerzia esclude i casi in cui il soggetto fa qualcosa che non avrebbe dovuto fare (nel caso VII, B è l'infettivologo che sbaglia una diagnosi e prescrive una cura inutile: la sua decisione, che si traduce in un peggioramento delle condizioni del paziente, è qualificabile come inerzia assoluta?).

Ancora maggiori sono i dubbi circa la formulazione di un criterio distintivo tra azione e omissione: se quest'ultima non ha alcuna materialità, allora il criterio finisce per distinguere non tra due tipologie di fattispecie, ma tra qualcosa che esiste (le azioni) e qualcos'altro che non esiste (le omissioni). Se invece all'omissione si attribuisce una fisicità – sia come *aliud agere*, sia come inerzia – la sola differenza è che nell'azione il comportamento è quello descritto e vietato dalla legge, mentre nell'omissione è quello descritto e atteso dalla legge: così ragionando, tuttavia, si finisce per scivolare sul criterio proprio della teoria giuridico-normativa (vedi *infra*). E alla stessa conclusione si arriverebbe affidandosi al concetto di percezione: la percezione di un'omissione è rilevante in quanto è la differenza tra quello che l'agente fa (o non fa) e quello che la norma chiedeva di fare.

b) La *teoria teleologica* si trova in grande difficoltà nell'identificare precisamente il significato dell'azione, distinguendola dalla nozione di condotta, proprio perché tende a sottolineare il carattere unitario di ogni comportamento umano e avvicina l'elemento oggettivo del fatto a quello soggettivo della colpevolezza. Ne consegue che è complesso ritagliare un autonomo spazio concettuale per l'omissione. Alcuni critici dell'affine concezione *finalistica* hanno evidenziato come questa, dopo aver propugnato una ricostruzione della condotta, o – se si preferisce – dell'azione, quale concetto precostituito e unitario, cada nella contraddizione di definire il rapporto tra azione e omissione come quello tra A e non A, e addirittura arriva a prospettare una sorta di separazione del sistema per cui si applicano all'omissione le regole inverse rispetto all'azione<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, XI ed., Berlin, 1969, pp. 200 ss.; A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pp. 87 ss.

c) La *teoria giuridico-normativa* muove innanzitutto dalla considerazione che, tramontati i tentativi di rinvenire un concetto unitario di condotta, non è più utile ricercare un qualsiasi sostrato fisico nell'omissione. La stessa ne è infatti priva e sta, rispetto all'azione, nello stesso rapporto di contraddizione che Radbruch ravvisa tra A e non-A<sup>26</sup>; inoltre, nella sua variante più pura, questa prospettazione nega addirittura la percepibilità dell'omissione, proprio in quanto dato immateriale. Essa si può percepire esclusivamente sulla base di una relazione tra soggetti che dà vita ad aspettative di comportamento dell'uno nei confronti dell'altro e a regole di comportamento che essi debbono seguire; è, in altre parole, il mancato compimento dell'azione che si attende da un soggetto sulla scorta di una norma religiosa, morale, di costume, giuridica<sup>27</sup>.

Questa prospettazione distingue allora tra azione e omissione non a seconda di quanto l'agente fa (od omette di fare) nella realtà, bensì in base alla natura del precetto ordinamentale, della tecnica che il legislatore utilizza per tipizzare il comportamento umano al centro del fatto di reato. Vi sono infatti alcuni precetti che sono espressi nelle norme incriminatrici e prudenziali in forma di divieto, e chi li viola compie un'azione: il legislatore ha infatti descritto un determinato atteggiamento vietandolo; tali norme sono riducibili all'imperativo negativo "*non fare*" (nel caso II, B è l'uomo armato che spara in tribunale, contravvenendo alla regola "*non uccidere*"). In altre circostanze, l'ordinamento impone invece un comando di agire, descrive l'atteggiamento atteso in quella determinata situazione e il trasgressore omette di ottemperare a quest'ordine, riducibile all'imperativo positivo "*fai*" (nell'esempio precedente, A è la guardia giurata che contravviene alla regola "*controlla il metal detector*")<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> G. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin, 1904 (rist. 1967), pp. 132 ss., 140 ss.

<sup>27</sup> Cfr. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1947, vol. II, p. 34; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Utet, V ed., 2016, p. 252.

<sup>28</sup> Numerosi sono in dottrina i sostenitori di tale teoria: cfr., per es., I. CARACCIOLI, voce *Condotta*, cit., p. 3; G. FIANDACA, voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, Utet, 1994, vol. VIII, p. 547; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 140-141;



In questa sistematica, va segnalato il caso peculiare dell'art. 40, comma 2 c.p.: esso, in presenza dell'obbligo giuridico di impedire un evento, punisce l'omissione di tale impedimento, ed esprime dunque un comando (*"impedisci l'evento che hai l'obbligo di impedire"*, nell'esempio precedente sarebbe più correttamente formulato il precetto *"impedisci la morte di chi è presente nel tribunale"*); l'articolo 40 pone un'equivalenza tra questa forma di responsabilità e quella di chi viola il *divieto* di realizzare quegli stessi eventi pregiudizievoli, sancito nelle fattispecie attive: si realizza così un effetto di duplicazione delle norme, cioè dei precetti, senza tuttavia che a svariate fattispecie attive di parte speciale siano affiancate corrispondenti fattispecie omissive. Secondo alcuni autori, tale meccanismo consiste nella creazione di vere e proprie norme separate<sup>29</sup>, mentre una contrapposta opinione identifica il reato commissivo mediante omissione esclusivamente come modalità di realizzazione della condotta<sup>30</sup>: della questione, e dei molti limiti di applicabilità della clausola di cui all'art. 40, comma 2, ci occuperemo più approfonditamente nella parte di questo capitolo dedicata a questa specifica nota relazionale.

In questa definizione di omissione (propria o impropria) rientrano non solo i casi di inerzia pressoché assoluta, ma anche tutti gli episodi in cui l'autore del reato compie sì un'azione dal punto di vista naturalistico (cioè uno o più movimenti corporei), che tuttavia è diversa da quella richiesta dalla norma incriminatrice. Il criterio di distinzione non indaga ciò che l'autore realizza concretamente in alternativa al precetto, bensì esclusivamente quanto egli non compie, cioè se disattende al comando di fare: *"il comportamento omissivo non può essere inteso in senso assoluto, nel senso cioè di ritenerlo sussistente solo nel caso di assoluta mancanza di azione da parte del soggetto, ma è comprensivo anche dei casi in cui il soggetto pone in essere un comportamento diverso da quello dovuto, da quello doveroso secondo le regole della comune prudenza, perizia, attenzione; ed infatti è solo con riferimento alle regole cautelari inosservate che può formularsi un concreto rimprovero nei confronti*

---

<sup>29</sup> I. CARACCIOLI, voce *Condotta*, cit., p. 3.

<sup>30</sup> G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 292 ss.

del soggetto e verificarsi, con giudizio controfattuale ipotetico, la sussistenza del nesso di causalità”<sup>31</sup>.

A questa teoria, fondata sulla contrapposizione tra comando e divieto, hanno aderito diversi autori<sup>32</sup>, alcuni dei quali ne ravvisano il fondamento primario negli stessi principi di tassatività e legalità in materia penale, espressi tanto dalla Carta

---

<sup>31</sup> Così, con una spiegazione che ben illustra le conclusioni di questa teoria in relazione ai comportamenti classificabili come omissivi, Cass. pen., sez. IV, sent. 15 novembre 2005, dep. 27 gennaio 2006, n. 3380, *Fedele*, in Cass. pen., 2007, n. 7/8, p. 2794. Nel caso di specie, un medico non aveva riconosciuto la presenza di una patologia neoplastica al seno di una paziente, e aveva ommesso la prescrizione di esami istologici per approfondire il quadro clinico, fissando invece una nuova visita un anno dopo, ma anche in quella circostanza non aveva riconosciuto la patologia tumorale. La donna si era rivolta dunque ad un altro specialista, che le aveva prescritto un immediato intervento per l'asportazione di parte della mammella. L'operazione – secondo l'accertamento processuale – avrebbe potuto essere assai meno invasiva e demolitoria se fosse stata effettuata tempestivamente. Il primo medico è ritenuto colpevole di lesioni colpose in forma omissiva, e la Corte si sofferma appunto su quanto egli non ha fatto, e non anche sull'azione che ha tenuto mentre compiva l'omissione (fissare ed effettuare un nuovo controllo). Altre pronunce giurisprudenziali sembrano fare implicitamente riferimento a questo criterio, identificando l'omissione nella realizzazione di una condotta diversa da quella dovuta: così (per quello che si può dedurre dalla laconica spiegazione), in un caso di errata diagnosi di un medico che non ha disposto il ricovero nel reparto di terapia intensiva, ma solo in quello di ortopedia, Cass. pen., sez. IV, sent. 14 febbraio 2014, dep. 13 giugno 2014, n. 25210, in *Dejure*; analogamente: Cass. pen., sez. IV, sent. 6 novembre 2012, dep. 19 dicembre 2012, n. 49344, in *Dejure*. Più chiaramente aderisce a questo criterio di distinzione Cass. pen., sez. IV, sent. 12 marzo 2010, dep. 3 maggio 2010, n. 16761, in *Dejure*. Altri esempi giurisprudenziali: Cass. pen., sez. IV, sent. 14 novembre 2007, dep. 11 marzo 2008, n. 10795, in *Dejure*; Cass. pen., sez. IV, sent. 16 giugno 2011, dep. 22 luglio 2011, n. 29476, in *Dejure* (sulla quale, cfr. nota di C. SALE, *La condotta medica tra azione ed omissione*, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2011).

<sup>32</sup> M. ROMANO, Pre art. 39, in *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2004, pp. 314 ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 54 ss.; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, Cedam, 1988, vol. I, pp. 151 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993, pp. 90 ss. Nella manualistica, cfr. tra gli altri: T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 134, per cui la funzione classificatoria (ovvero il fornire un riferimento adeguato per comprendere le forme attive e quelle omissive) che avrebbe dovuto svolgere il concetto di condotta, declina a semplice funzione "categoriale": la condotta (nel suo senso più elementare di comportamento umano) è il semplice predicato sia dell'azione, sia dell'omissione, cioè il loro referente comune; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 176-178, 183-186; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 622-623.

fondamentale, quanto dall'art. 1 c.p.: se, infatti, “nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge”, e se il legislatore utilizza tanto divieti, quando comandi, è imprescindibile fare riferimento proprio alla determinazione del comportamento punibile espressa dalla norma per distinguere tra azione e omissione. Si noti, tuttavia, che l'interesse per ciò che l'agente fa o non fa *in concreto* riemerge in altre, successive valutazioni che l'interprete deve svolgere, parametrando la gravità del rimprovero e, conseguentemente, la diversa entità della pena: quanto realizzato dal soggetto che omette, infatti, può essere spia delle modalità della condotta, dell'intensità del dolo o del grado della colpa, nonché della sua capacità a delinquere. Ad esempio, è chiaro che per la guardia giurata all'ingresso del tribunale che non verifica per semplice distrazione il funzionamento del *metal detector*, la valutazione in termini di colpevolezza e, di conseguenza, la quantità di pena sarà diversa dal caso della guardia che si assenta per andare al bar (caso II).

Tre i principali rischi di questa teoria. Innanzitutto, la sua astrattezza: la tendenza cioè a ridurre l'essenza di azione e omissione esclusivamente ad un dato normativo, peraltro facendo dipendere la distinzione dalla formulazione del precetto, e dunque rimettendosi interamente al legislatore, con il rischio di una difficile interpretazione di alcune fattispecie formulate in modo ambiguo (si pensi ai già citati esempi dell'insolvenza fraudolenta<sup>33</sup> e della mancata esecuzione di un provvedimento del giudice<sup>34</sup>). Alla distinzione tra azione e omissione, infatti, dovrebbero corrispondere istanze di politica criminale ben diverse, poiché la formulazione del precetto in termini di comando assegna rilevanza penale a numerosi comportamenti che altrimenti non sarebbero rilevanti, disegnando un'area di doverosa collaborazione tra i privati cittadini e i pubblici poteri<sup>35</sup> (si pensi all'omicidio colposo: più si espande l'area dei controlli obbligatori da parte dei tutori della sicurezza dei lavoratori dipendenti, più i soggetti obbligati saranno chiamati a rispondere delle loro inadempienze). Il nostro legislatore,

---

<sup>33</sup> Cfr. nota 2.

<sup>34</sup> Cfr. nota 3.

<sup>35</sup> In prospettiva storico-ideologica, cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975, pp. 1 ss.

però, si è dimostrato sovente volubile e capace solo di interventi disorganici, che rischiano di rendere precario il lavoro degli interpreti, tantopiù che i comportamenti umani che integrano le fattispecie omissive sono, per natura, potenzialmente molti di più di quelli espressamente descritti nelle fattispecie attive. Il secondo difetto è quello di rischiare di separare il dato normativo da ogni sostrato naturalistico. Il terzo limite è la difficoltà ad utilizzare il criterio per gli intrecci fattuali più complessi: si pensi al medico che somministra alcuni farmaci, ma non quello che potrebbe aiutare il paziente, le cui condizioni peggiorano: è violato l'obbligo di provvedere alla salute del paziente (omissione impropria) o il divieto di procurare lesioni allo stesso (azione)?

Alcuni autori hanno proposto una variante del criterio appena esposto. Secondo questa ulteriore interpretazione, l'omissione impropria è connessa alla violazione di un comando di intervenire con modalità che non possono essere determinate preventivamente, e dunque non sono indicate nella norma; l'azione è sì legata ad un divieto, che tuttavia nasconde il precetto di adottare ogni cautela necessaria affinché non si realizzi l'evento lesivo. In sostanza, i due precetti ordinamentali sono più simili di quanto appaiano a prima vista, perché entrambi impongono all'agente l'adozione di cautele; differiscono, oltre che per la forma apparente in cui sono espressi, soprattutto per la fonte dell'obbligo. Se, infatti, nel reato attivo lo svolgimento di un'attività originariamente lecita impone l'adozione di cautele necessarie ad evitare l'imputazione per aver cagionato una lesione al bene giuridico, nell'omissione impropria la fonte è il particolare rapporto tra un soggetto (il garante) e un soggetto diverso che mette se stesso o altri in pericolo o tra il primo e una situazione pericolosa<sup>36</sup>. Riprendendo il caso IV, B è il capo del dipartimento chimico di un'azienda che produce latte per neonati, e nell'adeguare la formula del prodotto ad alcune ricerche scientifiche commette un errore materiale, dando di fatto ordine di produrre un latte nocivo; egli commette un'azione, poiché contravviene al divieto "*non cagionare lesioni per negligenza*", che ben potrebbe essere formulato in forma di precetto: "*se eserciti un'attività d'impresa, adotta le*

---

<sup>36</sup> Per questa variante della teoria normativa, che conduce potenzialmente a conclusioni molto diverse circa la classificazione dei singoli casi, cfr. L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1053 ss.

cautele che la legge ti impone per ottenere un prodotto sicuro”; A, il responsabile della qualità che non controlla l’operato del collega, commette un’omissione impropria, e contravviene al precetto “dato che sei il responsabile per la qualità, fai tutto il possibile per prevenire e neutralizzare gli errori dei tuoi collaboratori che risultano in un prodotto dannoso”. Ci sembra che questa variante della teoria collochi la categoria delle omissioni improprie in una posizione sistematica più incerta, e aumenti la confusione circa il criterio di distinzione tra l’azione e l’omissione, senza rispondere in modo convincente alle critiche già formulate; inoltre, la variante sembra inapplicabile a tutti i casi di azione dolosa, o quantomeno dove la violazione del divieto dell’ordinamento non implica la contravvenzione ad una norma cautelare.

d) Infine, nello sforzo di definire l’omissione, sono state proposte anche altre formulazioni, per così dire “minori”: vi è la *concezione fisiologica*, che la identifica nello “sforzo di inibizione che impedisce allo stimolo di operare al di fuori del soggetto”<sup>37</sup>, ma così ignora la realtà esterna, quella percepibile, e inevitabilmente condanna l’omissione all’irrelevanza secondo il diritto penale del fatto. Ulteriori proposte leggono l’omissione come un elemento *puramente psicologico*, sia esso *intellettualistico* (la percezione dell’atto non eseguito da parte del soggetto) o *volontaristico* (lo sforzo di volontà che però non si concretizza), ma anche in questo caso viene negata la fisicità estrinseca dell’omissione.

e) Anche per la distinzione tra azione e omissione, come per la nozione di condotta, sono poi state proposte alcune *sintesi* tra queste teorie. È stato affermato ad esempio che l’azione è “qualsiasi movimento o comunque attività lato sensu specificabile come del corpo (o muscolare), che così esteriorizza l’impulso interno avvertito o seguito dal soggetto e impartito mediante i terminali nervosi ai muscoli”<sup>38</sup> (ed è questo l’elemento naturalistico); allo stesso tempo, tuttavia, l’azione è condotta positiva, contraria al “dovere negativo”, cioè al divieto dell’ordinamento (“non rubare”), cioè è segnata da un elemento normativo, e deve inoltre possedere quel minimo di idoneità alla lesione del bene o dell’interesse

---

<sup>37</sup> M. SPASARI, voce *Condotta (dir. pen.)*, cit., p. 841.

<sup>38</sup> G. MARINI, voce *Condotta*, cit., p. 20.

protetto. Circa l'omissione, la teoria afferma che ha natura essenzialmente normativa, traducendosi in un giudizio che confronta l'obbligo giuridico di agire in un determinato modo e la mancata ottemperanza ad esso, mentre l'aspetto naturalistico è la trasposizione di ciò che l'agente immagina (come volontà effettiva o solo potenziale) in una (mancata) modifica del reale: qualcosa di più della mera percepibilità. Il criterio distintivo, a questo punto, non può essere la percepibilità, poiché tanto l'azione quanto l'omissione sono registrabili dai sensi umani, l'una alla stregua di una nota musicale, l'altra alla stregua di una pausa; neppure può essere esclusivamente la componente naturalistica della modificazione della realtà, perché non vi sarebbe distinzione tra le omissioni con un *aliud facere* e le azioni; l'unica possibilità sarebbe allora adottare il criterio normativo, ma così il criterio non incorpora più la sintesi tra le teorie naturalistica e normativa, ma quest'ultima componente appare predominante, e si ricade nelle problematiche del criterio normativo.

Coloro che suggeriscono di spiegare la condotta selezionando i frutti migliori delle teorie naturalistica, teleologica e giuridico-normativa, ritengono che questo approccio sia utile anche per spiegare cosa sia l'azione: la tesi naturalistica servirebbe a focalizzarsi sull'apparenza esterna dell'azione e contribuirebbe a distinguere tra un singolo reato e una pluralità di reati, perché solo nel primo caso i singoli atti si manifestano in un contesto temporale unitario; la teoria teleologica, sottolineando il valore sociale e umano dell'azione, permette di distinguere tra il concorso formale di reati (chi con l'unico fine di uccidere due uomini disposti uno davanti all'altro esplode due colpi di pistola) e concorso materiale (chi invece agisce con il fine di colpire i due uomini con atti distinti); infine, la teoria giuridico-normativa consente l'unificazione giuridica di singoli atti (per esempio chi maltratta ripetutamente la figlia commette un unico delitto di maltrattamenti in famiglia)<sup>39</sup>. È interessante però osservare che gli stessi autori, quando si tratta dell'omissione, non fanno più riferimento al contributo della teoria teleologica, ma esclusivamente ad una commistione tra quelle naturalistica e normativa, ricadendo così nel tentativo di sintesi che abbiamo esposto immediatamente *supra*, e nelle sue difficoltà. Da parte nostra, ci pare che in questa elaborazione teorica sia piuttosto

---

<sup>39</sup> M. SPASARI, voce *Condotta (dir. pen.)*, cit., pp. 838 ss.

difficile giungere a conclusioni nette sul significato di azione e omissione, e che ancora più arduo sia trarre un criterio: se si pretende di cogliere elementi da varie teorie contrapposte, quali sono i criteri per distinguere tra agire e omettere?

È inoltre necessario abbandonare l'illusione che la distinzione sia sempre chiaramente identificabile con riferimento alle *parole del legislatore*. Nel linguaggio normativo non viene utilizzato sempre in modo esplicito il termine "omissione", che ricorre, invece, alternato ad espressioni che possono identificare il fenomeno in modo piuttosto univoco ("lascia che altri ne faccia uso": art. 485 c.p.; "fa scrivere un atto privato produttivo di effetti giuridici": art. 486 c.p.); in altri casi compaiono termini sostanzialmente equivalenti (come "rifiuto": artt. 328, 329, 332, 366, etc.; "ritardo": artt. 328, 329, 361, 362 c.p.), o si fa riferimento al silenzio qualificabile come omissione.

Di fronte a casi dove condotte *prima facie* attive si affiancano ad altre omissive, una possibilità sarebbe quella di utilizzare quello che è stato chiamato "*criterio della prevalenza*": l'interprete dovrebbe guardare ai singoli atti e considerare la condotta attiva od omissiva a seconda di quali "note" caratteristiche siano prevalenti: così, nel caso VII, il primario che sceglie il medico a cui affidare il caso compie tiene essenzialmente una condotta attiva (la scelta), pur accompagnata da frammenti omissivi (il mancato controllo); il medico che non prescrive il farmaco che avrebbe portato alla guarigione del paziente commette essenzialmente un'omissione, anche se accompagnata da singoli frammenti di azione (dare indicazione agli infermieri e agli altri membri dell'*équipe*, rivedere la cartella clinica, visitare il malato). La giurisprudenza di legittimità ha però rilevato che tale criterio non può essere disgiunto dalla preventiva individuazione della condotta causale, e della distinzione tra quella che effettivamente ha determinato l'evento e altre che hanno giocato un ruolo minore o nullo. "*Il mero giudizio di prevalenza non consente [...] di capire se le condotte omissive non prevalenti abbiano o meno avuto un'efficacia causale nella produzione dell'evento; né consente di capire se esse, non possedendo efficacia causale, debbano o possano essere altrimenti qualificate nella struttura della fattispecie concreta*"<sup>40</sup>. Ci pare che si rischi qui la confusione di due piani diversi. Riteniamo che la logica inviti infatti *prima* a stabilire se la condotta sia attiva od omissiva e *solo*

---

<sup>40</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 1° marzo 2011, dep. 13 aprile 2011, n. 15002, in *Dejure*.

*successivamente* a verificare se la singola azione od omissione abbia contribuito alla produzione dell'evento, controllo che andrà peraltro elaborato secondo criteri nettamente distinti a seconda dell'una o dell'altra qualifica della condotta umana (come vedremo nel seguito del lavoro). D'altra parte, non ci sembra adeguato neppure effettuare una sorta di "somma algebrica" tra i vari atti: quello che si rischia, infatti, è un giudizio approssimativo, impressionistico, che finisce per non adottare con rigore nessuno dei criteri che abbiamo esposto in precedenza. Sembra infatti non essere distante dal criterio del "*senso sociale del comportamento*", in base al quale va fatto esclusivo riferimento al significato che la condotta viene ad assumere – se di inattività o inattività – secondo la percezione degli altri consociati<sup>41</sup>, che soffre evidenti limiti di compatibilità con i principi di tassatività e riserva di legge.

Va da ultimo ricordato che gli autori che concludono in modo pessimistico sull'utilità e la fondatezza del concetto di condotta, evidenziano chiaramente che azione e omissione stanno tra loro in un rapporto di forte e irriducibile contraddizione, e adottano il criterio normativo della tipologia del precetto per distinguere i due<sup>42</sup>.

### 1.2.1. Il criterio dell'introduzione, dell'aumento o del mancato contrasto del rischio per il bene giuridico

A fronte di così tante teorie, nessuna delle quali scevra da critiche, quale soluzione preferire?

Un criterio di più recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ci sembra essere quello più adeguato. Secondo questa teoria, l'elemento discrezionale che consente di identificare i comportamenti attivi e quelli omissivi non è quello naturalistico, e tale rinuncia a operare una classificazione sulla base dei dati immediatamente derivanti dalle percezioni sensoriali appare particolarmente utile proprio nei casi in cui la medesima

---

<sup>41</sup> Cfr. F. MANDALARI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1935, pp. 123-124; E. SCHMIDT, *Soziale Handlungslehre*, in *Festschrift für Karl Engisch*, a cura di P. Bockelmann et al., Frankfurt a.M., 1969, p. 338. Cfr. in proposito M. ROMANO, *Pre art. 39*, cit., p. 314.

<sup>42</sup> Sul punto, per tutti, cfr. G. MARINUCCI, *Il reato come «azione»*, cit., pp. 92 ss.



condotta contiene elementi di *facere* e di *non facere*; neppure si fa esclusivo riferimento al modo in cui è formulato il precetto normativo. La distinzione viene invece operata su un'analisi della realtà fattuale, osservata però dall'angolo prospettico del bene giuridico tutelato. La base del criterio è la valutazione dell'origine dei fattori di rischio per tale bene: individuato ciò che la norma protegge, che con la condotta umana viene dunque leso o messo in pericolo, se il soggetto agente ha semplicemente ommesso di contrastare un fattore di rischio per quel determinato bene già presente prima che si realizzi la condotta umana, ci troviamo in presenza di un'omissione. Se, al contrario, l'agente con la propria condotta aggrava il rischio già presente, o introduce nel quadro complessivo della vicenda un ulteriore fattore di pericolo per il bene giuridico protetto dalla norma, la sua condotta deve essere qualificata come attiva<sup>43</sup>.

Riprendendo i casi problematici della responsabilità in ambito sanitario, potremo allora affermare con sicurezza che il medico che sbaglia la diagnosi e non riconosce una determinata patologia, prescrivendo alcuni inutili accertamenti diagnostici e dei farmaci che non hanno alcun effetto sul paziente, è imputabile a titolo omissivo, perché il risultato dell'insieme dei suoi comportamenti (naturalisticamente qualificabili sia come attivi, sia come omissivi) è pur sempre il mancato contrasto di un pericolo già presente per la salute del paziente, cioè la malattia. Al contrario, il sanitario che prescriva un farmaco dannoso per il malato affetto da una patologia che non gli è stata correttamente qualificata, aggrava il quadro clinico, e dunque aumenta il rischio per la salute del paziente. Pertanto, in questo caso, la condotta da imputare al medico è senza dubbio attiva.

Al bagnino che si porta al largo per soccorrere il bagnante in difficoltà, ma dopo avergli lanciato il salvagente riparte alla volta della spiaggia senza accorgersi che questi non l'ha afferrato, sarà rimproverabile un'omissione, poiché egli non ha contrastato il rischio per la vita o almeno l'incolumità di chi stava affogando, il quale però era stato causato dalle condizioni del mare o dall'imprudenza del bagnante stesso.

---

<sup>43</sup> Per queste osservazioni, vedi ancora F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi*, cit., pp. 961 ss. Aderiscono a questo criterio tra gli altri, E. BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 12, pp. 4334 ss.

Ancora. Riprendendo il caso II, la guardia giurata che non controlla il *metal detector* all'ingresso del Tribunale realizza un'omissione, perché non contrasta il rischio per l'incolumità di chi si trova il palazzo, introdotto dalla persona con la pistola. Nel caso III, entrambi gli automobilisti che partecipano alla gara di automobili clandestina realizzano una condotta commissiva: benché uno solo travolga il pedone, mentre l'altro riesca a frenare, entrambi introducono un fattore di rischio per la vita di quest'ultimo, anche se lo stesso si concretizza solo nell'azione di uno degli agenti.

Il caso VII suscita interessanti riflessioni: il medico appena specializzato che sbaglia la diagnosi e non prescrive il farmaco è responsabile di un'omissione, per non aver contrastato il rischio alla salute posto dalla malattia; che dire però del primario che lo nomina responsabile di quel caso? In tutti i casi di *culpa in eligendo*, il criterio del rischio impone di qualificare la condotta come attiva, perché proprio assegnando determinate mansioni ad una persona si è creata la situazione dannosa o pericolosa. Se invece il superiore non ha scelto il collaboratore (magari perché quest'ultimo occupava già quella posizione all'interno dell'azienda), ma non l'ha mai controllato, e non si è quindi preoccupato di verificare la conformità dei comportamenti di questo agli *standard* normativi e prudenziali, si tratterà di una responsabilità omissiva (cfr. esempio del VI sottogruppo in tema di sicurezza dei lavoratori). Se, infine, sono presenti entrambe le componenti, quella della scelta e quella della mancata sorveglianza, il criterio del rischio fa propendere per l'azione, dal momento che il superiore ha sì mancato di contrastare un fattore di rischio, ma ancora prima l'aveva egli stesso introdotto (ed è questo ciò che accade nel caso VII, e anche nell'esempio sulla nomina del responsabile della sicurezza dei lavoratori che rientra nel V sottogruppo). Per ulteriori esempi di applicazione del criterio del rischio, in particolare sul terreno scivoloso della distinzione tra condotte attive e omissive improprie, rimandiamo al paragrafo 1.3.

Il vantaggio di tale criterio è quello di poter essere utilizzato anche di fronte agli intrecci fattuali più articolati, dal momento che i comportamenti umani vengono sottoposti ad una valutazione complessiva; allo stesso tempo, tale indagine non viene affidata solo al senso sociale del comportamento, quindi a ciò che il *quavis de populo* chiamerebbe azione od omissione, ma dipende dalla valutazione del pericolo che corre

il bene giuridico, dunque da quanto osserva un interprete che conosce le problematiche del diritto penale.

Ancora, la distinzione non si fonda su un elemento esclusivamente oggettivo quale il moto corporeo, o su un elemento puramente normativo quale la formulazione del precetto, ma mette in relazione quanto concretamente accade con l'osservazione improntata alla logica dell'offensività.

Infine, questa formula per individuare la differenza tra azione e omissione non interferisce affatto, ma anzi si adegua perfettamente, alla nozione di condotta che abbiamo proposto nel paragrafo precedente, e alla quale avevamo riservato la minimale funzione categoriale di riunire sotto un'unica indicazione il complesso dei comportamenti umani penalmente rilevanti nel fatto tipico, senza aggiungere elementi definitori che avrebbero poi finito per influenzare le stesse nozioni di azione e omissione.

Così, il cerchio si chiude: la condotta è un concetto che utilizziamo, senza pretese ontologiche, per riunire comportamenti che possono essere sia attivi, sia omissivi, e questi ultimi sono distinti in relazione al loro rapporto con il rischio per il bene giuridico protetto dalla norma penale violata.

Occorre però un'ultima precisazione. Parte della dottrina ha infatti formulato un criterio che ci pare una versione più problematica di quello da noi adottato: è il criterio della c.d. "reale efficacia condizionante". A partire dall'osservazione dell'evento verificatosi in concreto, a fronte di diverse condotte che potrebbero essere qualificate come attive ovvero come omissive, sarà necessario individuare i comportamenti che in quella specifica situazione hanno determinato il verificarsi dell'evento. Se quest'ultimo è dipeso da una modifica della sequenza eziologica operata dall'agente, saremo in presenza di una condotta attiva; se, al contrario, i comportamenti dell'agente (attraverso una sua mancata attivazione, ovvero un'attivazione differente da quella richiesta dall'ordinamento) non hanno interrotto la sequenza causale già in atto, la condotta sarà di tipo omissivo<sup>44</sup>. Secondo la nostra opinione, sono evidenti i limiti di questa formulazione: nell'intento di evitare di ricorrere alla categoria dell'aumento, del

---

<sup>44</sup> Così, G. AMARA, *Fra condotta attiva e condotte omissive: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in Cass. pen., 2007, n. 8-9, pp. 2799-2800.

mancato contrasto o dell'introduzione del rischio, si fonda però il criterio discrezionale tra condotta attiva e condotta omissiva in modo che esso dipenda dalla successiva verifica del nesso causale. Altro, invece, è distinguere tra natura attiva e omissiva della condotta; altro è stabilire se il soggetto ha avuto o meno un ruolo, per così dire, "causalmente significativo" nella realizzazione del reato, dunque accertare l'effettiva sussistenza del legame eziologico con l'evento, verifica che deve tuttavia essere formulata in modo diverso proprio a seconda che la condotta sia attiva ovvero omissiva (come dimostreremo nel seguito del lavoro). Così espresso, il criterio della reale efficacia condizionante rischia dunque di confondere diversi momenti dell'analisi, che sono invece uno prodromico all'altro e certamente collegati ma, altrettanto certamente, diversi l'uno dall'altro. Inoltre, non si vede come si riuscirebbe ad applicare questo criterio nel caso di reato tentato (facendo riferimento all'evento voluto dall'agente? Ma chi assicura che si sarebbe potuto in concreto realizzare?) e, soprattutto, di reati di mera condotta (in assenza di un evento, qual è il secondo termine di paragone rispetto al quale valutare la natura della condotta?) Pertanto, ci sembra di gran lunga preferibile e anche più chiaro fare riferimento alla teoria dell'origine del rischio.

Per evitare che anche la teoria del rischio incorra nella confusione sistematica tra classificazione delle condotte e verifica della sussistenza del nesso causale, è sufficiente adottare una semplice cautela: occorre distinguere tra il rischio potenziale che corre il bene giuridico (criterio che utilizzeremo per la distinzione tra le condotte) e la successiva verifica se questa potenzialità si sia tradotta in un pericolo concreto o in un danno (accertamento che ci porterà invece a stabilire se le condotte siano o meno causali). Tale distinguo non si potrebbe invece adottare per la teoria dell'efficacia condizionante, che dovrebbe necessariamente far riferimento ad un'effettiva influenza causale.

### **1.3.      *Il c.d. "momento omissivo della colpa"***

Ancora una breve riflessione su uno dei motivi per cui la distinzione tra azione e omissione si rivela problematica in particolare nelle ipotesi di responsabilità colposa. È caratteristica propria dell'elemento soggettivo della colpa o – se si preferisce – è insito

nella tipicità del fatto colposo che l'agente disattenda una regola cautelare generica o specifica; in tal senso, ogni condotta colposa potrebbe essere esplicitata nei seguenti termini: il soggetto non ha agito come avrebbe dovuto. Per questo, la dottrina ha parlato di un "momento omissivo" (per gli autori tedeschi, *Unterlassungsmoment*) in ogni condotta colposa.

Ora, se leggessimo l'omissione anche (o esclusivamente) alla luce della teoria normativa, dunque come contraddizione ad un precetto in forma di obbligo, rischieremmo una sostanziale confusione tra questi due concetti, come evidenziato anche dalla storica sentenza Franzese delle Sezioni Unite: *"né va sottaciuto che dall'esame della giurisprudenza [in campo medico] emerge che in non pochi casi, sebbene qualificati in termini di causalità omissiva per mancato impedimento dell'evento, non si è tuttavia in presenza di effettive, radicali, omissioni da parte del medico. Infatti, talora si verte in tema di condotte commissive colpose, connotate da gravi errori di diagnosi e terapia, produttive di per sé dell'evento lesivo, che è per ciò sicuramente attribuibile al soggetto come fatto proprio; altre volte trattasi di condotte eterogenee e interagenti, in parte attive e in parte omissive per la mancata attivazione di condizioni negative o impeditive. Ipotesi queste per le quali, nella ricostruzione del fatto lesivo e nell'indagine controfattuale sull'evitabilità dell'evento, la giurisprudenza spesso confonde la componente omissiva dell'inosservanza delle regole cautelari, attinente ai profili di 'colpa' del garante, rispetto all'ambito – invero prioritario – della spiegazione e dell'imputazione causale"*<sup>45</sup>.

La dottrina, tuttavia, ha precisato che questo "momento omissivo" in realtà "non è qualcosa di diverso dal carattere precettivo del dovere di diligenza e dalla sua funzione di orientamento comportamentale. La dimensione omissiva della negligenza, cioè, esprime la componente deontologica del dovere di diligenza e della regola cautelare che lo specifica, potendosi cogliere solo muovendo dall'aspettativa di un comportamento diligente. Com'è ovvio, analogamente deve dirsi ove si ammetta che il dovere di diligenza possa consistere nell'astensione da un comportamento pericoloso [...]. Anche il richiamo alle ipotesi in cui il dovere di diligenza consisterebbe nel non intraprendere una certa attività conferma allora l'ineliminabilità della componente precettiva della diligenza, che si suole impropriamente indicare con l'ambigua

---

<sup>45</sup> Cass. pen., Sez. Un., sent. 10 luglio 2002, dep. 11 settembre 2002, n. 30328, in *Dejure*.

espressione di *Unterlassungsmoment*”<sup>46</sup>. La conseguenza è che tale concetto potrebbe essere del tutto evanescente e inutile, potrebbe coincidere con la stessa negligenza, o essere estraneo alla struttura della colpa.

È da chiarire che l’assimilazione tra il momento omissivo della colpa e l’omissione *tout court* comporta una nutrita serie di problemi. In primo luogo, portando questo ragionamento all’estremo, si arriverebbe alla negazione della sussistenza di qualsiasi condotta attiva colposa, con un notevole sconvolgimento sistematico e nella violazione della stessa tipicità dell’omissione. Adottiamo per un momento la concezione normativa che distingue tra agire e omettere in relazione al divieto o al comando dell’ordinamento. L’omissione, per essere penalmente rilevante, deve essere in contraddizione con un parametro normativo (la contraddizione con il precetto *di* agire), ma questo non dev’essere confuso con i parametri normativi da cui dipende la colpa, che sono le regole prudenziali generiche o specifiche che indicano *come, in che modo* agire. È quindi centrale evitare un’assimilazione concettuale impropria e trasversale tra “momento omissivo della colpa” – *rectius*: di qualsiasi condotta colposa –, e omissione intesa in senso stretto. Infatti, “una cosa è agire non osservando una regola cautelare, e altra cosa è non agire affatto”<sup>47</sup>. Il primo problema è quindi il rischio della violazione della tipicità dell’omissione e della scomparsa (per quanto paradossale) delle condotte commissive colpose.

Il secondo problema generato da questa assimilazione è il seguente: se si qualificano diverse condotte quali fattispecie omissive improprie, e non commissive, ciò conduce ad un’ulteriore impropria assimilazione tra due elementi del reato omissivo, vale a dire la causalità della condotta e la causalità della colpa. Come preciseremo meglio *infra*, secondo autorevole dottrina in ambito omissivo è privo di senso analizzare separatamente le conseguenze dell’omissione dell’agente in termini causali e in termini di causalità della colpa, perché la domanda cui l’interprete deve rispondere è la

---

<sup>46</sup> F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., pp. 92-93. Per ulteriori considerazioni sul c.d. “momento omissivo della colpa”, cfr. anche M. MANTOVANI, *Il principio dell’affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 144 ss.

<sup>47</sup> P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti colposi*, diretto da G. Marinucci-E. Dolcini, Padova, Cedam, 2003, vol. III, tomo II, p. 233.

medesima: cosa sarebbe successo se chi ha omesso avesse al contrario agito conformemente al precetto dell'ordinamento? Tuttavia, questa (con)fusione tra le due categorie riguarda *esclusivamente* l'omissione, e non anche i reati commissivi, in cui l'indagine deve restare ben distinta: per l'affermazione della responsabilità, l'interprete deve infatti prima di tutto verificare se l'evento è conseguenza materiale dell'azione compiuta dal soggetto (analisi causale) e solo in un secondo momento se una condotta conforme alle regole cautelarti generiche o specifiche avrebbe determinato un risultato differente da quello concretamente realizzatosi (analisi della causalità della colpa)<sup>48</sup>. Se però le fattispecie commissive colpose tendono a sparire a vantaggio di quelle omissive improprie colpose, la distinzione tra i due approcci non è più rispettata.

Il terzo problema riguarda la qualificazione di situazioni complesse, dove lo stesso soggetto compie una serie di condotte, magari ravvicinate e concatenate l'una all'altra, come esclusivamente attive o esclusivamente omissive (abbiamo già citato diversi esempi prototipici dall'ambito medico o della responsabilità del datore di lavoro). In questi casi, il comportamento del soggetto si rivela non del tutto adeguato, e dunque l'intera vicenda viene talvolta inquadrata in termini omissivi, proprio richiamando alla mente quel comportamento lecito e prudente, richiesto dalla norma cautelare, che invece non è stato realizzato, perché il soggetto ha agito diversamente, in modo appunto inadeguato, deficitario<sup>49</sup>. Viceversa, secondo altri autori, la soluzione corretta sarebbe quella di valorizzare la condotta attiva, riducendo l'apparente omissione proprio alla semplice

---

<sup>48</sup> E. BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione*, cit., pp. 4331. Concordano con questa preoccupazione L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 4119 ("in particolare la giurisprudenza, facendo leva sulla componente omissiva insita in ogni reato colposo, interpreta la mancata adozione delle cautele doverose da parte del soggetto agente come condotta omissiva, in tal modo convertendo il delitto commissivo colposo in illecito omissivo improprio. Di conseguenza, il requisito della causalità della colpa viene ricostruito secondo lo schema della causalità omissiva, con il corollario che la prova che il comportamento alternativo lecito avrebbe impedito l'evento esclude la sussistenza del rapporto causale tra la condotta omissiva, consistente nella mancata adozione delle cautele doverose, e l'evento lesivo") e G. AMARA, *Fra condotta attiva ed omissiva*, cit., pp. 2801 ss.

<sup>49</sup> Per la qualificazione in termini di omissione impropria della diagnosi corretta cui segue la prescrizione di una terapia inefficace, cfr. P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, p. 1978.

non esecuzione del comportamento alternativo lecito<sup>50</sup>. Pur senza dilungarci troppo sul punto, notiamo inoltre che la prassi giurisprudenziale, di fronte a queste incertezze, ha sovente optato per l'omissione, non soltanto in virtù di una lettura normativa (e non semplicemente naturalistica) della condotta, ma anche per un'altra ragione: il grado di certezza richiesto per la prova della causalità omissiva viene considerato da un certo orientamento meno accurato rispetto a quello utilizzato per l'azione (approfondiremo in seguito questo problema). Ne consegue che è più facile giungere all'affermazione di responsabilità dell'agente se si qualifica il suo operato in termini di omissione. È assai frequente che le pronunce siano influenzate da una qualificazione ideologica che può essere di aggressione diretta ad un bene protetto da parte dell'agente o di mancata difesa dello stesso da un attacco estraneo: così il medico negligente può essere inquadrato come colui che mette in pericolo la vita del paziente con la sua inesperienza e sufficienza (e allora avremo una condotta attiva), ovvero come il preposto a somministrare una cura dopo un evento estraneo che minaccia la salute del degente (e più facilmente la sentenza ragionerà in termini di omissione, di mancato svolgimento di un ruolo di garanzia)<sup>51</sup>. Autorevole dottrina si è opposta a questa deriva, sostenendo una più marcata differenza tra i due metodi di accertamento della causalità che, in ogni caso, debbono seguire – e non precedere – la qualificazione della condotta come attiva od omissiva. La realtà è che confondendo i profili di tipicità dell'omissione con quelli di tipicità della colpa non è possibile giungere ad alcuna soluzione convincente.

---

<sup>50</sup> Sembrano queste le conclusioni di E. BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, cit., pp. 4331. Cfr. anche Cass. pen., sez. IV, sent. 21 giugno 2013, dep. 13 settembre 2013, n. 37762, in *Dejure*; Cass. pen., sez. IV, sent. 6 novembre 2007, dep. 10 gennaio 2008, n. 840, in *Dejure*; Cass. pen., sez. IV, 12 novembre 2008, dep. 28 gennaio 2009, n. 4107, in *Dejure*. Per la qualificazione attiva della condotta di un medico che prescrive correttamente un trattamento farmacologico, ma poco dopo lo modifica e infine lo interrompe senza apparente motivo, con successivo decesso del degente, cfr. Cass. pen., sent. 14 novembre 2007, in *Foro it.*, 2008, II, p. 282. Per ulteriori esemplificazioni giurisprudenziali, v. C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 44 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 317 ss.; G. AMARA, *Condotta attiva e condotta omissiva*, cit., pp. 2795 ss.

<sup>51</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 654-655.



Come si superano dunque queste incertezze? La soluzione è, a nostro avviso, semplice: conviene adottare il criterio del rischio per distinguere tra condotte attive e omissive, che ancora una volta si rivela il più adeguato. Con questo, infatti, la distorsione rappresentata dall'esistenza di un *apparente* momento omissivo in ogni condotta colposa viene, per così dire, neutralizzata: indipendentemente dalla commistione tra singoli atti che *prima facie* possono apparire attivi e altri che sono immediatamente riconoscibili come omissivi, la condotta viene giudicata appartenente all'una o all'altra categoria se comporta l'inserimento o l'aumento, o viceversa il mancato contrasto di un fattore di rischio per il bene giuridico tutelato<sup>52</sup>. La questione del "momento omissivo" della colpa può essere allora intesa quale banco di prova per verificare la validità dei vari criteri distintivi tra l'azione e l'omissione. Scartando quello normativo già illustrato, tutte le altre possibilità rivelano a questo proposito alcune fragilità. Infatti, adottando il criterio del senso sociale del comportamento, è ovvio che le situazioni dove maggiormente si evidenzia il momento omissivo della colpa saranno univocamente qualificate come reati omissivi<sup>53</sup>; i criteri di stampo naturalistico, al contrario, finirebbero per qualificare molte di queste fattispecie come attive, alla luce del fatto che vi è comunque un movimento dell'agente, un'estrinsecazione di energia (ma così ragionando si nasconde del tutto il valore del momento omissivo, e comunque si rischia un unilaterale appiattimento su un versante); in alternativa, l'approccio naturalistico frammenterebbe la condotta in tanti

---

<sup>52</sup> P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., p. 234 giunge ad una conclusione che ci sembra assimilabile alla nostra, pur senza far esplicitamente riferimento al criterio del rischio; criterio che, tuttavia, l'A. sembra tuttavia preferire (cfr. *ivi*, pp. 229 ss. e altri suoi lavori: ID., *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003, pp. 46-47; ID., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, pp. 1970 ss.). Analogamente, cfr. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento: nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 116. Per una sintesi, si rinvia a M. ROMANO, *Pre art. 39*, cit., pp. 315 ss.: "si avrà un'omissione quante volte, pur in presenza di un 'facere' diverso da quello imposto al soggetto, 'le cose procedano per conto loro', senza peggioramento della situazione per il bene protetto; si avrà viceversa azione quando il 'facere' abbia condotto a un maggior pericolo per il bene stesso".

<sup>53</sup> J. BRAMMSEN, *Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2002, p. 198.

elementi, attivi e omissivi. Una qualsiasi sintesi tra i precedenti non eliminerebbe le difficoltà. È invece solo il criterio dell'aumento del rischio a consentire una complessiva ed efficace valutazione<sup>54</sup>.

Per concludere su questo tema, ci sembra utile verificare l'applicazione del criterio del rischio ad uno dei campi dove più facilmente si rischia la confusione tra omissione e colpa, e tra azione e omissione: quello dei reati omissivi impropri.

Per quanto concerne la potenziale confusione tra omissione e colpa, la dottrina rileva spesso un'interferenza tra l'obbligo di impedimento e l'obbligo di diligenza, in quanto la misura della diligenza richiesta non potrebbe superare quella dell'azione impeditiva cui il garante è tenuto: non è possibile pretendere da un datore di lavoro che egli neutralizzi ogni fattore di rischio per la salute dei dipendenti, ma solo quelli relativi all'attività professionale e nei limiti dei propri concreti poteri di azione. Tuttavia, la teoria generale del reato accetta questa interferenza esclusivamente in quanto l'obbligo di garanzia e i correlati poteri siano un *presupposto logico* per la valutazione dell'obbligo di diligenza (l'ordinamento può chiedere di impedire l'evento *solo* a chi è costituito garante, può pretendere che sia impedito l'infortunio sul lavoro solo dai dirigenti e responsabili della sicurezza). La stessa interferenza non può invece essere ammessa indicando l'obbligo di garanzia come *limite* dell'obbligo di diligenza. È vero che a nessun garante potrà essere chiesto di compiere azioni impiedienti oltre i suoi poteri, ma, “*come per i reati commissivi, la misura della diligenza conserva una sua autonomia concettuale e funzionale*”<sup>55</sup>: vi può essere quindi relazione e interferenza, ma non confusione tra i piani della tipicità e quello della colpevolezza<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Secondo E. BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, cit., pp. 4334, tale criterio è un ulteriore approfondimento di quello normativo, e viene richiesto soltanto nei casi più incerti, tra cui spiccano appunto quelle fattispecie che mettono più in evidenza il momento omissivo della colpa. Per la medesima conclusione, nel senso della imprescindibilità di questo criterio, cfr. anche Cass. pen., sez. IV, sent. 22 giugno 2009, (ud. 29 aprile 2009), n. 26020, in *Danno e resp.*, 2009, n. 11, p. 1111, con nota di C. PIERGALLINI, *Natura commissiva od omissiva della causalità e relative conseguenze*.

<sup>55</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 171-172, n. 51.

<sup>56</sup> Cfr. inoltre F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 94; C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992,

Per ciò che concerne, invece, la possibile confusione tra fattispecie commissive colpose e omissive improprie colpose, utilizzando il criterio del rischio si riesce a dipanare la matassa delle possibilità distinguendole in quattro precise categorie.

*Primo caso:* il soggetto esercita un'attività pericolosa, anche se accompagnata da alcuni obblighi di diligenza (e non di impedimento vero e proprio). Per esempio, il dipendente di un laboratorio chimico che svolge un'analisi con una sostanza altamente corrosiva, non maneggia con attenzione la vetreria, la lascia cadere sul bancone e provoca una lesione al braccio al collega: in questo caso, la causalità è attiva poiché gli obblighi che l'ordinamento impone sono quelli di gestione del fattore di rischio introdotto dallo stesso soggetto e non si traducono in una responsabilità per reato omissivo improprio<sup>57</sup>.

Il *secondo caso*, all'opposto, vede il soggetto titolare di un obbligo di garanzia non porre in essere alcuna attività pericolosa: qui egli non introduce un nuovo fattore di rischio, ma deve semplicemente reagire a quello già presente (impedendo il verificarsi dell'evento lesivo). Prevale sempre dunque la causalità omissiva. Pensiamo per esempio al responsabile del laboratorio chimico che dovrebbe verificare che tutti gli analisti indossino le apposite tute protettive.

Il *terzo caso* è misto, e vede un'attività pericolosa affiancata ad un obbligo di impedimento; prevale di regola la causalità attiva, poiché il soggetto ha prima di tutto introdotto un fattore di rischio e solo in seconda battuta, e come conseguenza della sua precedente condotta, è tenuto a controllarlo. Ecco perché il comportamento pericoloso antecedente può in astratto essere considerato causa di un obbligo di impedimento che però, in concreto, viene assorbito dall'imputazione commissiva. Un esempio è quello del primario del caso VII che sceglie di affidare il paziente al giovane infettivologo e poi non lo controlla.

---

n. 4, pp. 829 ss. Per la distinzione tra obblighi di diligenza e obblighi di garanzia, v. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 118.

<sup>57</sup> Al contrario, la giurisprudenza spesso ravvisa la causalità attiva a partire dall'esistenza dell'obbligo di diligenza: cfr. Cass. pen., sent. 14 aprile 1983, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2659; Cass. pen., sent. 7 novembre 1988, in *Cass. pen.*, 1990, p. 246; Cass. pen., sent. 21 maggio 1990, in *CED*, n. 185061; Cass. pen., sent. 16 ottobre 2007, in *Studium iuris*, 2008, p. 619. Altre volte, invece, aderisce all'impostazione qui proposta, come in Cass. pen., sent. 22 giugno 2009, in *Studium iuris*, 2009, p. 1399.

Infine, il *quarto caso* rappresenta una deroga al terzo, e si verifica quando nella situazione mista vi è una differenza di elemento soggettivo. La prima azione è commessa incolpevolmente o colposamente, mentre l'omesso impedimento è – rispettivamente – animato da colpa o dolo. Immaginiamo un medico che, somministrato per un errore colpevole un veleno, decida di non impedire il decorso morboso e di lasciar morire il paziente. In queste situazioni, il diverso elemento soggettivo, e la maggiore forza di quello che accompagna il momento omissivo (mancata somministrazione dell'antidoto) rispetto a quello che ha animato il frammento attivo della condotta (somministrazione del veleno) suggerisce di lasciare il secondo assorbito nel primo. Inoltre, tale soluzione evita il paradosso di imputare in questo caso il medico per omicidio commissivo colposo e un collega che dolosamente non curi il paziente che si è avvelenato da solo per omicidio doloso in forma omissiva. Dunque, anche con riferimento alla difficile distinzione tra fattispecie colpose commissive e omissive improprie, il criterio del rischio si conferma uno strumento sufficientemente chiaro ed efficace.

Ricapitoliamo: abbiamo adottato una nozione “minimalista” di condotta, che indica semplicemente il comportamento dell'agente descritto dal legislatore, e svolge una mera funzione classificatoria, costituendo un riferimento univoco – non anche un concetto di genere – rispetto all'azione e all'omissione. Per definire e distinguere queste ultime abbiamo scelto di adottare il criterio del rischio, che ci è parso il più certo e idoneo allo scopo: indipendentemente da ciò che l'agente in concreto fa o omette in senso naturalistico, e indipendente dalla formulazione della norma come divieto o come precetto, se il suo comportamento inserisce un nuovo fattore di rischio per il bene giuridico, o accentua un fattore già presente, si tratta di una condotta attiva; se, al contrario, non contrasta un fattore di rischio già presente e da lui indipendente, allora si tratta di un'omissione.

Da questa sistematica derivano almeno due conseguenze rilevanti per la nostra analisi: in primo luogo, azione e omissione non sono specie di un unico genere, e le loro differenze strutturali determinano una contrapposizione concettuale tra le fattispecie attive e quelle omissive; in secondo luogo, tra azione e omissione (propria o impropria), *tertium non datur*. Pertanto, le scelte che abbiamo fin qui operato ci suggeriscono di

analizzare le note relazionali distintamente a seconda che siano legate ad una condotta attiva od omissiva; tale conclusione si accorda pienamente con la considerazione che alcune particolarità relazionali della struttura del reato tra queste riguardano esclusivamente alcune tipologie di fattispecie omissive (i reati omissivi impropri); inoltre, lungo il nostro percorso metteremo in luce alcune differenze essenziali nella struttura del reato commissivo e di quello omissivo, in particolare per quanto concerne la causalità.

Tali differenze suggeriscono di aderire pienamente alla costruzione separata del reato, distinguendo nettamente a seconda che le fattispecie siano attive od omissive, dolose o colpose: queste differenze sono radicate, innanzitutto, nella morfologia della relazione causale tra la condotta umana e l'evento, e inoltre nelle peculiarità della tipizzazione del reato omissivo improprio, che in sé contiene specifici elementi relazionali.

## **2. Le note relazionali del fatto tipico nelle fattispecie attive: i problemi legati al nesso di causalità**

Iniziamo l'analisi delle note di relazionalità del fatto tipico a partire dalle ipotesi commissive, riferendo quindi al soggetto A un'azione; ricordiamo infatti che A è l'agente da cui muove l'osservazione della dinamica plurisoggettiva che porta alla lesione di uno o più beni giuridici, mentre ai nostri fini è per ora irrilevante che B o V tenga una condotta attiva od omissiva.

Gli elementi che legano la responsabilità di A alla responsabilità di B o V, e che rendono il comportamento di questi ultimi un fattore della responsabilità del primo, si riducono essenzialmente a due diverse interferenze sul piano eziologico: da un lato, il problema delle concause, quindi della sovrapposizione all'azione causale di A di un'altra azione o di un'omissione di B, o di un comportamento autolesivo di V; dall'altro, il

tema della causalità psichico-motivazionale, e quindi l'influenza della condotta di un soggetto sulle determinazioni ad agire o ad omettere del secondo soggetto<sup>58</sup>.

Le situazioni fattuali in cui i comportamenti di A e B (o V) interferiscono tra loro sul piano causale possono essere ricondotte, essenzialmente, a due categorie.

La prima categoria comprende tutte i casi in cui A non è causa diretta del comportamento di B, ma tanto la condotta di A, quanto il comportamento di B (o V) sono cause della lesione al bene giuridico. Si immagini, per esempio, A, gestore di una famosa discoteca, che, desiderando rimpinguarne le casse, vende un numero di biglietti superiore alla capienza consentita dalla legge; nell'affollato locale, durante una serata, il terrorista B commette un attentato suicida. La morte delle persone dipende – *prima facie* – sia dalla presenza degli spettatori in gran numero, sia dall'esplosione della bomba. I comportamenti di A e B (o V) interferiscono certamente tra loro, ma non perché il primo causa il secondo, bensì perché entrambi forniscono un contributo eziologico rilevante alla produzione del risultato finale. Per esempio (caso III), A e B tentano uno di superare l'altro in una gara di velocità clandestina con le loro automobili, finché B investe un ciclista. In questo tipo di situazioni, potranno venire in considerazione gli schemi della causalità addizionale e il diverso schema della causalità ipotetica. Naturalmente, il rapporto tra i due comportamenti si modifica se la condotta di B (o V) dà origine ad una serie causale indipendente e da sola sufficiente a determinare l'evento: in questo caso, lo studio dell'interazione tra i soggetti, cioè di un profilo relazionale del nesso eziologico tra le condotte e l'evento finale, condurrà all'esclusione della rilevanza della condotta di A.

La seconda categoria comprende invece tutti i casi in cui la condotta di A non può essere mentalmente eliminata senza che il comportamento di B o V (a sua volta causale rispetto all'evento) venga meno. Si immagini, nella stessa discoteca il cui gestore A ha venduto un numero eccessivo di biglietti, che la ragazza B sia presa da un momento di

---

<sup>58</sup> Come vedremo nel prosieguo dell'analisi, se A tiene invece una condotta omissiva, in particolare nel caso dei reati omissivi impropri, le note relazionali sono più numerose, e riguardano non solo il piano causale, ma anche l'individuazione dei soggetti agenti e la definizione stessa della condotta doverosa di A.

panico per la calca, e utilizzi lo spray al peperoncino contro le persone che stanno semplicemente ballando vicino a lei (dato lo spazio ridotto). Il panico che ne consegue scatena una corsa di tutti i presenti verso le uscite di sicurezza, che, purtroppo, non sono adeguate a far defluire in modo sicuro così tante persone; alcuni dei presenti restano schiacciati nella calca. In questa seconda categoria, per affermare la responsabilità è necessario accertare: i) che il comportamento di B o V sia causale rispetto all'evento finale; ii) che la condotta di A sia "causa della causa", cioè sia causa dell'evento finale non direttamente, ma perché causa il comportamento di B o V.

Richiamando alla mente gli esempi che abbiamo proposto nel primo capitolo del nostro lavoro, ci accorgiamo che molti di questi rientrano tutti, *prima facie*, in questa seconda categoria. Così, ad esempio, la guardia giurata che non verifica il corretto funzionamento del *metal detector* dà ad un folle la possibilità di aprire il fuoco con la pistola che ha introdotto nel palazzo di giustizia (caso II); l'amministratore delegato A di un'azienda che produce giocattoli conferma quale responsabile della produzione B che omette di correggere alcuni difetti del prodotto che possono generare danni ai consumatori (caso V); il primario A affida al giovane infettivologo B un paziente dal quadro clinico molto complesso, e quest'ultimo sbaglia la diagnosi (caso VIII); A è il titolare di un'azienda che produce un pericoloso acido e affida il trasporto della sostanza al vettore V che la utilizza per procurarsi gravissime ustioni (caso IX); A investe con la propria automobile V che, essendo testimone di Geova, rifiuta la trasfusione che potrebbe salvargli la vita (caso XIII). Il problema, naturalmente, è verificare se esista in concreto una concatenazione causale nei termini ora esposti, o se il comportamento di B, solo apparentemente determinato dalla condotta di A, azioni in realtà una serie causale indipendente e capace di produrre da sola l'evento finale; in quest'ultimo caso, la condotta di A non può essere più definita causa della causa, e, pertanto, non rileva.

In questo secondo gruppo di situazioni rientrano anche tutte le ipotesi della causalità psichico-motivazionale, che studia come il comportamento di un determinato soggetto influenzi la decisione di agire o di non agire di un altro soggetto, non attraverso una costrizione materiale, o un'influenza che si espliciti sul piano naturalistico, ma condizionando la sua sfera di autodeterminazione: la dinamica relazionale, in questi casi, è ben presente, anche se si esprime a livello psichico, aspetto che suscita interessanti

considerazioni circa gli strumenti dell'ordinamento per fotografare questo rapporto tra i soggetti coinvolti. Per fare un esempio, che riprenderemo in seguito, si pensi al caso XV, in cui A è il geologo che rassicura la popolazione a fronte di uno "sciame sismico", e V è il proprietario di una casa della zona, che decide di non passare l'ennesima notte in macchina, ma di tornare a dormire in casa proprio perché ha ascoltato le parole di A, e muore nel crollo della casa in seguito ad una potente scossa di terremoto quella stessa notte.

## **2.1. *Le concause nelle fattispecie commissive***

Iniziamo la nostra analisi dal problema delle concause, che nasconde, in realtà, due questioni molto diverse.

La prima questione, disciplinata dall'art. 41, commi 1 e 3 c.p., studia la combinazione dei vari apporti causali nella produzione dell'evento finale: si tratta delle ipotesi di causalità addizionale e del caso, diverso ma collegato, della causalità ipotetica. Come abbiamo illustrato, si applica ai casi in cui la condotta di B non è determinata dalla condotta di A, ma entrambe sono autonome e interferiscono tra loro nella produzione dell'evento finale.

La seconda questione, invece, concerne l'interruzione del nesso causale tra A e l'evento finale, in ragione dell'intervento di una serie causale da sola sufficiente a determinare l'evento.

### **2.1.1. La permanenza del nesso causale tra la condotta di A e l'evento: le ipotesi riconducibili all'art. 41, commi 1 e 3 c.p.; la causalità addizionale; il diverso caso della causalità ipotetica**

Iniziamo dalla prima questione, cioè dalla causalità addizionale e ipotetica.

Agli occhi dell'interprete si presenta la seguente situazione: si verifica l'evento finale di un reato, e sono intervenute due condotte umane. È ovviamente necessario



accertare che tutte le condotte abbiano ricoperto un ruolo, sia pure minimo, nella causazione dell'evento e, se entrambe le condotte sono causali, si pone il problema di determinare se tale compresenza possa escludere la responsabilità di A. La disciplina di cui all'art. 41, comma 1, lo nega decisamente. È stato osservato come tale disciplina non sia che la naturale conseguenza dell'adesione dell'ordinamento italiano al principio dell'equivalenza delle cause: il fatto che vi siano due o più antecedenti necessari non può determinare l'irrelevanza di uno di questi, poiché tutti devono essere considerati ugualmente causali. A nulla varranno ulteriori considerazioni circa il maggior ruolo svolto da una o dall'altra condotta causale: è infatti netta l'alternativa tra la presenza e l'assenza del nesso causale, mentre è nella valutazione del grado di colpevolezza e, conseguentemente, nella commisurazione della pena per ogni singolo agente che il giudice potrà valutare l'importanza dell'intervento del singolo nel caso concreto<sup>59</sup>.

Occorre peraltro precisare, fin da subito, che la disciplina dei commi 1 e 2 dell'art. 41 è formulata in modo generico, e viene spesso riferita alle concause di matrice naturalistica; tuttavia, il comma 3 consente di riferire le medesime osservazioni anche alle concause umane (ed è proprio il nostro caso di studio), cioè quando il fatto illecito è commesso da altri (B) o quando è commesso da altri su se stessi (V)<sup>60</sup>.

La presenza di più antecedenti fa entrare in gioco quella particolare situazione che la dottrina ha definito "causalità addizionale", riferendola alle *"situazioni nelle quali il verificarsi dell'evento concreto è stato determinato del concorso di due o più fattori (il comportamento dell'agente ed una o più circostanze ulteriori), ciascuno dei quali, in assenza degli altri, sarebbe stato raffigurabile come causa"*<sup>61</sup>. È stato acutamente osservato che tale situazione prototipica si presta ad una ulteriore suddivisione in due classi, con

---

<sup>59</sup> In questo senso, cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1265; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 262; M. ROMANO, Sub art. 41, in *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2004, vol. I, p. 399.

<sup>60</sup> F. D'ALESSANDRO, Sub art. 40, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini-G.L. Gatta, IV ed., Milanofiori Assago, Ipsoa Wolters Kluwer, 2015, p. 524.

<sup>61</sup> Questa la definizione fornita da F. STELLA, *La descrizione dell'evento*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 82.

conseguenze giuridiche diverse. La prima è l'ipotesi della c.d. "doppia causalità", per risolvere la quale la formula della *condicio sine qua non* rischia a prima vista di generare un paradosso ben noto agli studiosi. Infatti, eliminando mentalmente una delle due condotte, si verificherebbe in ogni caso l'evento, perché ciascuna è di per sé sufficiente a determinarlo anche senza che sia necessario l'altro contributo. Seguendo dunque alla lettera il paradigma condizionalistico, si dovrebbe concludere che nessuna delle due ha una vera efficacia causale, e pertanto non vi sarebbe alcuna condotta penalmente rilevante, mentre se ciascuno dei due agenti avesse compiuto autonomamente l'azione, egli sarebbe chiamato a rispondere. Per fare un esempio, immaginiamo che A e B versino ciascuno una quantità di veleno letale nel preparato che poi fanno assumere alla vittima, o che praticino due fori in due dighe adiacenti quando anche solo la rottura di una sarebbe stata sufficiente a causare un'inondazione (in questi due esempi, B agisce successivamente rispetto ad A), o ancora che sparino in direzione di un soggetto che viene attinto nel medesimo istante da entrambi i proiettili (in questo esempio, B spara una frazione di secondo dopo A, ma da un punto più vicino alla vittima, per cui i proiettili colpiscono insieme il soggetto).

Due sono le elaborazioni a cui è giunta la dottrina per risolvere questo paradosso concettuale. Alcuni autori propongono il metodo della eliminazione cumulativa. I due antecedenti causali devono essere considerati insieme e congiuntamente sottratti nel procedimento di eliminazione mentale; pertanto, la formula che esprime la relazione causale secondo i criteri della *condicio sine qua non* in questo caso verrà adatta nei seguenti termini: se diverse condizioni o probabili antecedenti possono essere mentalmente eliminati alternativamente senza che l'evento venga meno, e tuttavia non cumulativamente, ognuno di questi dovrà essere considerato causa dell'evento. Questa soluzione presenta tuttavia un problema: immaginiamo che l'interprete si trovi davanti ad un intrico di differenti condotte umane; per sapere quali tra queste devono essere oggetto del giudizio controfattuale, egli dovrà già poter dire se sono causali o meno, "innescando così un ragionamento circolare privo di reale efficacia esplicativa"<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> F. D'ALESSANDRO, Sub art. 40, cit., p. 524. Sul punto, cfr. anche M. ROMANO, Sub art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2004, vol. I, p. 375.

L'altra soluzione consiste nel fare riferimento all'evento in senso concreto, valutando se la duplicazione delle condotte abbia avuto o meno l'effetto di modificare i suoi tratti caratteristici, il tempo e il luogo in cui si è verificato. Così, la maggior quantità di veleno nel sangue della vittima potrebbe avere l'effetto di farla morire più velocemente, o più dolorosamente; la duplice rottura delle dighe provocherà un'inondazione di più ampia portata. Tale verifica viene effettuata con gli stessi criteri del criterio condizionalistico applicato alla responsabilità monosoggettiva: "*sula base di generalizzazioni causali ben conosciute si può asserire che due incendi, che raggiungono contemporaneamente la casa, la distruggono più rapidamente di quanto farebbe un solo incendio, il che equivale a dire che l'evento concreto, contemplato dalla norma, non si sarebbe verificato nunc se l'incendio fosse stato uno solo*"<sup>63</sup>. Il caso del proiettile ci consente un'interessante precisazione: se uno dei due raggiunge il corpo della vittima (provocando una ferita mortale) anticipando anche di pochi attimi l'effetto letale che anche l'altro avrebbe causato, si fuoriesce dal paradigma della doppia causalità, poiché solo una delle due azioni è causale. La problematica si sposterà quindi assai frequentemente sulla prova: in caso di incertezza sulla sequenza con cui sono giunti i proiettili o sulla loro sincronia, dovrà ritenersi assente la prova della causalità per entrambe le azioni e, dunque, i due agenti potranno al più essere imputati per il tentativo di omicidio<sup>64</sup>. Riteniamo che questa seconda soluzione sia la più efficace, oltre che quella che rappresenta la più lineare applicazione del criterio della *condicio sine qua non*: il procedimento di eliminazione mentale, infatti viene operato per ogni singola condotta monosoggettiva, senza lasciare margini di incertezza all'interprete, che anzi sarà spinto nell'applicazione del criterio dell'evento in concreto, ad una più stretta osservazione della realtà fattuale.

La causalità addizionale comprende anche un secondo paradigma, quello della c.d. causalità cumulativa, in cui intervengono contestualmente due condotte che

---

<sup>63</sup> F. STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi*, in *I saperi del giudice: la causalità e il ragionevole dubbio*, a cura di F. Stella, Milano, Giuffrè, 2004, p. 62. Analogamente, Cfr. L. CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici*, in *Ind. pen.*, 2001, pp. 1080 ss.

<sup>64</sup> Cfr. L. CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti*, cit., pp. 1078 ss.; M. ROMANO, Sub art. 40, cit., p. 374.

singolarmente considerate non sono causali, perché nessuna di esse da sola avrebbe determinato l'evento lesivo. Il più invalso esempio di scuola è quello di due soggetti che versano ciascuno una dose di veleno in una soluzione che poi somministrano alla vittima se nessuna delle due dosi, considerata autonomamente, è tale da poter determinare la morte, ma la somma delle due quantità risulta invece letale. Solo dalla combinazione tra i comportamenti posti in essere da A e da B (o V) viene determinato il risultato finale. Utilizzando quindi il paradigma della causalità condizionalistica (secondo cui una condotta è causa dell'evento se eliminata mentalmente la prima, il secondo non si sarebbe verificato e, viceversa, non è causa dell'evento se, eliminata mentalmente la prima, il secondo si sarebbe verificato), entrambe le condotte devono essere considerate cause dell'evento, poiché sottraendo anche una soltanto di queste, la conseguenza pregiudizievole che l'ordinamento mira ad evitare non si sarebbe realizzata, non avrebbe avuto luogo<sup>65</sup>. La problematica causale, in questo caso, sembra poter essere risolta senza particolari ostacoli. Ciò che invece resta aperto è un problema di tipo diverso, che concerne la consapevolezza di ciascun agente che anche l'altro sia presente e stia operando in quel modo, e soprattutto l'estensione della regola cautelare, vale a dire se uno dei due agenti (A) fosse investito del dovere di controllare l'altro e/o impedire la realizzazione dell'evento pregiudizievole, e quale sia il rimprovero che possa essergli mosso in concreto. Tuttavia, come è evidente, queste non sono tematiche inerenti alla causalità, almeno intesa nel suo senso più ristretto, bensì riguardano più precisamente l'imputazione dell'evento (e sono pertanto da riferirsi alla colpevolezza).

Un'altra problematica – e un'altra apparente difficoltà per il criterio condizionalistico – si cela dietro la disciplina dell'art. 41, commi 1 e 3: immaginiamo che A compia un'azione di cui si accerta l'efficacia causale rispetto all'evento. B compie anch'egli un'azione che tuttavia, nella dinamica concreta del caso, non ha alcuna influenza, dal momento che la condotta di A è l'unico effettivo antecedente causale (l'esempio che classicamente viene proposto in dottrina è quella dei tre viandanti nel deserto: A è intenzionato a far morire C e avvelena la sua borraccia, ma B, poco dopo, pratica un foro nella borraccia e tutta l'acqua avvelenata fuoriesce; C muore così di sete,

---

<sup>65</sup> L. CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti*, cit., p. 1082 ss.

senza essere entrato in contatto con il veleno). La situazione che si presenta è quindi una sorta di “interazione potenziale”, in cui i due autori realizzano entrambi una condotta, ma soltanto una di esse determina l’evento. Pertanto, *l’unica* responsabilità che può effettivamente essere affermata è quella di B. Ciò che ci interessa in questa sede è ricordare che B non potrebbe addurre a propria giustificazione il fatto che se egli non avesse agito, l’evento si sarebbe determinato ugualmente, e in modo del tutto analogo, grazie all’azione di A (c.d. causalità ipotetica). Infatti, l’utilizzo della formula condizionalistica applicata all’evento in concreto, che si verifica in un ben preciso *hic et nunc*, consente ancora una volta di affermare che un evento *simile* si sarebbe ugualmente verificato, ma non il medesimo (nell’esempio che abbiamo riportato, C sarebbe morto in un luogo e in un tempo differente). Solo apparentemente più complessa la risoluzione del problema laddove l’intervento del solo fattore sostitutivo (la condotta di B) abbia determinato la causazione dell’evento nello stesso luogo e nello stesso tempo: immaginiamo il boia A che sta per completare l’esecuzione di un condannato a morte, ma viene interrotto da un membro della folla (B) che, improvvisamente, sale sul patibolo e aziona egli stesso il meccanismo della ghigliottina. In questo caso, la dottrina sottolinea che il giudice non è libero di creare una situazione immaginaria, ipotetica (se il boia avesse azionato la ghigliottina) perché necessariamente dovrebbe procedere non con un criterio giuridicamente ammissibile, bensì con la fantasia. Una ricostruzione dello scenario ipotetico basata invece sulle leggi scientifiche e sulle massime di esperienza non potrebbe escludere alcuni avvenimenti (per esempio, il boia potrebbe avere un infarto, o il meccanismo incepparsi) e quindi non potrebbe assicurare che l’evento si sarebbe ugualmente verificato nello stesso *hic et nunc* anche senza l’intervento di B. “Questo rilievo sta a dimostrare che il riferimento all’*hic et nunc* riveste sì un ruolo importante per escludere la rilevanza dei fattori sostitutivi ipotetici nella gran parte dei casi, ma che esso va in ogni caso opportunamente integrato da considerazioni relative alla ipoteticità e perciò alla inammissibilità della creazione di un mondo immaginario”<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Così F. STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi*, cit., pp. 61-62. In giurisprudenza, cfr. per esempio Cass. pen., 16 aprile 1993, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, I, p. 352.

Come abbiamo visto, l'analisi delle conseguenze della condotta di A in termini di causazione dell'evento incontra assai frequentemente problematiche di tipo relazionale, in cui l'interprete deve chiedersi quale sia l'influenza della condotta di un secondo soggetto (B o V) che interviene, anche se il comportamento di quest'ultimo non è direttamente causato da A. Notiamo anche – con la dottrina maggioritaria – che le situazioni apparentemente più spinose e in cui sarebbe possibile teorizzare l'insufficienza del criterio condizionalistico, sono in realtà affrontabili con quel paradigma, e anzi ne rivelano un'interpretazione (quella per cui va considerato l'evento in concreto) orientata al riavvicinamento tra una prospettiva teorica e la concreta realtà fattuale.

### 2.1.2. L'interruzione del nesso causale: le ipotesi riconducibili all'art. 41, comma 2 c.p. e il dibattito sul suo significato per l'ordinamento italiano

L'altra questione di concausalità si verifica nel solo caso in cui la condotta di B è successiva a quella di A ed è da sola sufficiente a determinare l'evento. A norma dell'art. 41, comma 2 c.p., in tali casi si determina un'interruzione del nesso causale tra il comportamento di A e l'evento finale. Pertanto, la situazione di apparente plurisoggettività si risolve, ai fini del rilievo penalistico, in una responsabilità di tipo monosoggettivo di B, o in un'assenza di rimprovero penale se V commette un fatto autolesivo. L'analisi della questione conduce quindi a comprendere se, nonostante l'intervento della condotta di B (o del comportamento di V), la condotta di A abbia ancora un rilievo penalistico o meno. La ricostruzione delle dinamiche eziologiche in senso relazionale è pertanto indispensabile per accertare l'effettiva rilevanza della condotta di A, sia in senso positivo, sia in senso negativo.

La lettera dell'art. 41, comma 2 (*"le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita"*) pone il quesito circa l'esatto significato di questa sufficienza, di questa

autonomia. Sul punto si è sviluppato in dottrina un fecondo dibattito. Prima di prendere in esame le varie soluzioni che sono state proposte, non è inutile ricordare che l'esistenza stessa di questa norma è stata valutata come espressione di un criterio di selezione ulteriore delle condotte astrattamente identificabili come causali: "*accertato il nesso condizionale tra condotta ed evento con la teoria dell'equivalenza delle condizioni, l'esigenza di una delimitazione è ovvia ed ammessa da tutti*"<sup>67</sup>. Infatti, l'adozione *sic et simpliciter* del criterio della causalità condizionalistica, limitato all'accertamento della c.d. causalità naturalistica, e quindi del legame materiale tra l'azione e l'evento, conduce a quello che è stato chiamato "regresso all'infinito", un fenomeno per cui ogni singolo comportamento umano che ha costituito una preconditione per il verificarsi di un'altra condotta potrebbe essere astrattamente considerato causale dal punto di vista penalistico rispetto all'evento. Così, anche i genitori del rapinatore potrebbero essere chiamati a rispondere di quanto commesso dal figlio. Ciò che occorre è allora un criterio di selezione ulteriore, che consente l'imputazione, la riconducibilità di un determinato evento ad una determinata condotta sul piano del diritto, e non solo della causalità materiale<sup>68</sup>. Se però una limitazione è certamente necessaria, l'art. 41, comma 2 c.p. è stato inteso nel corso del tempo in modo assai diverso: ora come baluardo per l'ingresso del nostro sistema di teorie causali alternative a quella condizionalistica, ora quale espressione di un criterio selettivo che si integra perfettamente con essa, ora come chiave per l'adozione di una teoria radicalmente alternativa anche sul piano della sistematica del reato, cioè l'imputazione obiettiva dell'evento.

Secondo una prima interpretazione, la norma citata giustificerebbe il recepimento della teoria della *causalità adeguata* nel nostro ordinamento: si tratta, come noto, della teoria che per accertare la sussistenza di un nesso eziologico tra una condotta e l'evento richiede non solo la verifica della condizionalità necessaria tra la prima e il secondo, bensì anche che l'evento sia possibile o probabile secondo una valutazione da compiere *ex ante*, al momento in cui la condotta si verifica, sulla base tanto delle leggi

---

<sup>67</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, cit., p. 362.

<sup>68</sup> *Ivi*, pp. 362; 397.

scientifiche, quanto delle circostanze note all'agente, da lui conoscibili, o comunque esistenti al momento dell'azione se conosciute successivamente o conoscibili da un uomo avveduto<sup>69</sup>. Così, per esempio, qualora il giovane medico B abbia già dato prova di una notevole abilità, potrebbe essere ritenuto assente il nesso causale tra il peggioramento delle condizioni del paziente e la decisione del primario A di affidare la responsabilità dei trattamenti a B (caso VIII); qualora B non abbia mai dato segni di squilibrio ma improvvisamente, nella sua qualità di responsabile della produzione nell'azienda di giocattoli, ignorasse le segnalazioni circa la pericolosità di alcuni prodotti, potrebbe risultare non causale, rispetto alle lesioni subite da chi utilizza i giochi, la decisione dell'amministratore A di affidare a B quell'incarico (caso V); applicando il paradigma alle azioni autolesive della vittima, se il vettore V non ha mai dato segni di squilibrio, e durante il trasporto di un acido corrosivo lo usa per procurarsi gravissime ustioni, potrebbe essere esclusa la rilevanza della condotta di A che gli ha affidato il trasporto. I fautori di questa lettura riconoscono che, ad un primo sguardo, la disposizione sembra del tutto ridondante, ed esprime un concetto ovvio (se una causa successiva è da sola sufficiente a determinare l'evento, necessariamente il nesso causale tra la prima condotta e quest'ultimo dovrà essere interrotto); eppure, il fatto stesso che non vi sia altra norma di parte generale che disciplini l'interruzione del nesso causale è indizio che questa nasconde un significato ulteriore<sup>70</sup>. Così, viene sottolineato che la norma ha una *ratio* di selezione degli antecedenti causali che si pongono come necessari all'evento, quando intervengono ulteriori cause sopravvenute che concorrono a provocarlo: tale selezione non potrebbe essere operata esclusivamente con il criterio logico-naturalistico, che non può che ravvisare l'esistenza di un legame (quello, appunto, della c.d. causalità naturalistica). La norma si pone dunque come una regola che, riconosciuto il legame dal punto di vista materiale, ne esclude la rilevanza in merito alla

---

<sup>69</sup> Per tutti, con un'attenta disamina dei tratti di questa teoria e delle problematiche che la stessa suscita, cfr. E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, pp. 816 ss.

<sup>70</sup> A.A. DALIA, *Le cause sopravvenute interruzive del nesso causale*, Napoli, Jovene, 1975, pp. 121 ss.



responsabilità giuridica di A, dunque come una deroga al semplice criterio della *condicio sine qua non*, proprio quando l'evento non è più oggettivamente possibile o probabile poiché, tra la condotta di A e l'evento è intervenuta la condotta di B<sup>71</sup>. La contrapposizione tra le norme che affermano la concausalità (artt. 40 e 41, comma 1) e quella che la nega (art. 41, comma 2) non può essere risolta verificando esclusivamente se un fattore causale si è verificato, ma anche *come* la condotta è stata realizzata (accertando quindi la sua idoneità) e *quando* è intervenuta. *“Occorre domandarsi, cioè, se dal punto di vista normativo, perché sussista un rapporto di causalità, è sempre sufficiente che la condotta si ponga come antecedente logico ineliminabile. Non ci si può accontentare di verificare che la condotta è stata un antecedente logico dell'evento, nel senso che quest'ultimo non si sarebbe realizzato senza la condotta. Il problema, se si vuole mantenere la questione nell'ambito del dettato normativo, è quello di accertare se la distinzione cronologica delle cause concorrenti sta a significare qualche cosa di più. Bisogna, cioè, dare per scontata la premessa che la condotta deve costituire un antecedente ineliminabile dell'evento e controllare se questo dato di fatto è in ogni caso di per sé sufficiente a dar ritenere valido il rapporto causale, oppure, con riferimento ad una delle serie causali, quella delle cause sopravvenute, non è sempre sufficiente”*<sup>72</sup>. La soluzione a tale quesito viene identificata nel senso che l'ordinamento per le sole cause sopravvenute richiede *“l'inadeguatezza della condotta stessa, perché si verifichi l'interruzione del rapporto di causalità”*<sup>73</sup>. È infatti proprio quando la prima condotta risulta inadeguata che si interrompe necessariamente la sua relazione con l'evento, il quale non potrà più essere attribuito ad essa; la prima condotta sarà dunque una pura e semplice occasione per l'intervento della seconda, che da sola determinerà la conseguenza pregiudizievole, e oggettivamente probabile o possibile<sup>74</sup>. Peraltro, tale dottrina sottolinea che una simile conclusione è obbligata non soltanto per i fautori della teoria della causalità adeguata, che applicheranno lo stesso criterio di verifica anche alla causalità monosoggettiva e alle

---

<sup>71</sup> Ivi, pp. 125 ss.

<sup>72</sup> Ivi, pp. 161-162.

<sup>73</sup> Ivi, p. 167.

<sup>74</sup> Ivi, pp. 179-181.

ipotesi di concause simultanee o antecedenti, bensì anche per coloro che propendono per la causalità condizionalistica, la quale troverebbe appunto un limite e un'eccezione nel solo caso della concausa sopravvenuta<sup>75</sup>. La giurisprudenza, pur senza sbilanciarsi fino ad un esplicito accoglimento della causalità adeguata, fa talvolta riferimento a concetti quali il "normale e prevedibile sviluppo della serie causale che dipende dalla condotta dell'agente" anche in applicazione dell'art. 41, comma 2 c.p.<sup>76</sup>.

Contro tale impostazione sono state mosse numerose critiche. In primo luogo, viene obiettato che tale interpretazione ha l'effetto di sostituire la verifica del nesso causale tra la condotta e un singolo evento in concreto con l'accertamento di un rapporto eziologico astratto, che lega la condotta ad una particolare tipologia di evento. *"La disciplina del rapporto causale, racchiusa negli art. 40 e 41 c.p. è infatti disciplina di relazioni e nessi concreti, è previsione dell'imputazione di questo evento concreto a questa causa concreta, è codificazione dell'esigenza di spiegare causalmente l'evento verificatosi hic et nunc; nessun riferimento, per quanto lontano e indiretto, è reperibile, il quale induca a pensare ad un rapporto causale astratto, svincolato dal riferimento all'hic et nunc, alla spiegazione causale di un tipo di evento, alla costruzione fantastica, attraverso un'opera di selezione e di 'isolamento', di un tipo di condizioni necessarie e sufficienti: quando si parla di adeguatezza causale ci si riferisce dunque ad un requisito il cui accertamento, secondo il nostro ordinamento, non costituisce la meta dell'attività giudiziale"*<sup>77</sup>. Altri autori hanno poi sottolineato il rischio di una inopportuna confusione tra l'accertamento del nesso eziologico e quello della

---

<sup>75</sup> Ivi, pp. 191 ss. Sulla stessa linea, cfr. M. SINISCALCO, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. del diritto*, Milano, Giuffrè, 1960, vol. VI, p. 646; G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 313 ss.

<sup>76</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, Cass. pen., 6 gennaio 1981, Limitone, in *CED*, 147192; Cass. pen., sent. 4 marzo 1981, Angeli, in *CED*, 158939; Cass. pen., sent. 10 marzo 1982, Cecarini, in *CED*, 152676; Cass. pen., sent. 11 maggio 1983, Di Maritino, in *CED*, 158939; Cass. pen., sent. 30 marzo 1987, Federici, in *CED*, 176931; Cass. pen., sent. 17 novembre 1988, Nardi, in *CED*, 179735; Cass. pen., sent. 10 giugno 1998, Ceraudo, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3120; Cass. pen., sent. 22 ottobre 1979, Grande, in *MGL*, 2000, p. 986.

<sup>77</sup> Così F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 392.

colpevolezza: se infatti l'indagine sull'adeguatezza della condotta ci impone di considerare la probabilità del verificarsi dell'evento, sarà particolarmente difficile tracciare una linea di demarcazione con il diverso problema della prevedibilità<sup>78</sup>. I due elementi sono invece tanto distinti da essere accertati con due giudizi strutturalmente differenti: *ex post* quello della causalità (come conferma l'utilizzo del verbo della norma al passato: "sono state"); *ex ante* quello della colpevolezza<sup>79</sup>. Questa differenza si rispecchia inoltre in due diverse formule assolutorie: se la condotta non è causale, allora "il fatto non sussiste", mentre se l'evento è riconducibile alla condotta dell'autore, ma da questo non era prevedibile "il fatto non costituisce reato".

Una diversa interpretazione ha invece eletto l'art. 41, comma 2 c.p. a conferma normativa della teoria della causalità *umana*: non soltanto dovrebbe essere necessario accertare che la condotta abbia materialmente causato l'evento (attraverso un giudizio controfattuale), ma anche escludere che quest'ultimo non sia stato determinato anche da eventi eccezionali. Solo i fattori rarissimi, sopravvenuti rispetto alla condotta umana devono quindi essere considerati vere e proprie cause che deviano una catena eziologica già avviata, impedendo che l'evento possa essere considerato conseguenza della condotta e imputato al primo agente<sup>80</sup>. Per esempio, se il paziente in cura all'infettivologo B morisse non per la sua inesperienza o per la decisione del primario A di affidargli la responsabilità dei trattamenti (cfr. caso VII), ma per un incendio divampato nell'ospedale, potrebbe essere esclusa la rilevanza delle condotte umane. Uno degli argomenti a supporto di questa interpretazione è il richiamo ai lavori preparatori del codice penale, durante i quali fu proposto di specificare che le cause sopravvenute fossero "indipendenti dall'azione od omissione del colpevole". Tuttavia, la proposta fu respinta per timore che venisse percepito come necessario un rapporto di dipendenza tra i diversi fattori causali. L'argomento, a dire il vero, è piuttosto debole: se la causa sopravvenuta è eccezionale, non conta che sia dipendente o meno dalla prima azione

---

<sup>78</sup> Così F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1934, p. 235.

<sup>79</sup> *Ivi*, pp. 127 ss.

<sup>80</sup> *Ivi*, pp. 253.

umana, che anzi perderà di valore nell'equazione causale<sup>81</sup>. È assai interessante notare che questa interpretazione dell'art. 41, comma 2 è stata accolta in ben tre progetti di riforma del codice penale (progetto Grosso, art. 13, comma 4; progetto Nordio, art. 11, n. 8; progetto Pisapia, art. 12, comma 1, lett. e). Anche alcune pronunce della Cassazione sembrano uniformarsi a tale logica<sup>82</sup>.

Anche questa interpretazione ha però raccolto diverse critiche, la principale delle quali è stata ancora formulata da Stella<sup>83</sup>. L'autore ha sottolineato che il concetto stesso di eccezionalità presuppone un'alterità con un termine di paragone che è il normale decorso degli eventi, che può essere dedotto seguendo una legge universale o statistica. Solo in questo modo può essere stabilito se l'evento sia o meno dominabile, cioè appartenga ad un regolare sviluppo causale. Il legame insuperabile tra questi concetti implica però che la valutazione sul carattere eccezionale non sia priva di una componente soggettiva, poiché deve essere formulata assumendo il punto di vista dell'agente, dunque *ex ante*. Ma allora la teoria della causalità umana, almeno per questa sua particolare applicazione, finisce per chiedersi se un evento appartenga alle normali conseguenze dell'azione e, in definitiva, per ricalcare le valutazioni proposte dalla teoria della causalità adeguata; le medesime obiezioni mosse all'una saranno dunque da estendere anche all'altra. Inoltre, ciò che è "normale" per un soggetto potrebbe essere considerato "eccezionale" da un altro, generando così ulteriori incertezze.

Va poi ricordata un'interpretazione completamente diversa, che ravvisa nell'art. 41, comma 2 un riferimento normativo che consentirebbe di introdurre anche nel nostro ordinamento la *teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento*. Sulla scorta di questa ricostruzione, è possibile imputare un evento ad un agente già sul piano dell'analisi oggettiva, in mancanza di ulteriori considerazioni circa la colpevolezza: una volta

---

<sup>81</sup> Per queste considerazioni, cfr. *Ivi*, pp. 247 e F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1266.

<sup>82</sup> Per esempio: Cass. pen., sent. 19 dicembre 1996, Fundarò, in *Cass. pen.*, 1998, p. 117; Cass. pen., sent. 25 febbraio 2000, Altieri, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 469; Cass. pen., Sez. Un., sent. 22 gennaio 2009, Ronci, in *CED*, 24338.

<sup>83</sup> F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., pp. 1261 ss.

accertato il nesso di causalità materiale, è necessario altresì che “l’agente [abbia] creato un pericolo riprovato dall’ordinamento e che tale pericolo si [sia] effettivamente realizzato nel concreto prodursi dell’evento”<sup>84</sup>. In altre parole, per consentire un’imputazione normativa dell’evento, è necessaria la verifica di questo duplice nesso di rischio (la creazione e la concreta realizzazione del pericolo)<sup>85</sup>.

Di conseguenza, vi sono diverse ipotesi in cui, in base a questa teoria, il nesso causale risulterà assente, perché manca il nesso di rischio, pur sussistendo quello condizionalistico. Quattro sono i casi principali: a) manca un rischio riprovato dall’ordinamento (per esempio, A che odia un proprio conoscente lo incoraggia a compiere un lancio paracadutistico in una scuola di antica tradizione, auspicando tuttavia che si schianti al suolo. B, appena reclutato come istruttore e ancora inesperto in questa funzione, sceglie una quota e una zona di lancio poco adatti ad un principiante, durante una giornata molto ventosa, di talché il suo giovane allievo si schianta contro una parete rocciosa, riportando gravi lesioni); b) non vi è un rapporto di rischio tra il pericolo cui l’agente ha dato origine con la sua condotta e il decorso causale effettivo, o – il che è lo stesso – l’evento si verifica per la concretizzazione di un rischio differente da quello che l’agente aveva messo in atto (l’automobilista A travolge in auto un passante, che muore in ospedale non per insufficienza di cure, ma perché l’infermiere impazzito B spara ai pazienti ricoverati nel reparto dove lavora); c) il rischio generato dall’azione dell’agente è equivalente a quello che si sarebbe generato se egli avesse tenuto il comportamento alternativo lecito (A è un giovane medico di guardia al pronto soccorso che tratta erroneamente l’infezione provocata da una brutta ferita alla mano di un paziente a causa di un incidente in moto. Per il diffondersi dell’infezione,

---

<sup>84</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, cit., p. 362-363.

<sup>85</sup> M. ROMANO, Sub Art. 41, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. I, p. 404. Tra gli autori italiani che hanno sostenuto la teoria, ricordiamo: A. CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d’evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 881 ss.; M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell’imputazione oggettiva dell’evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 588 ss.; ID., *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 291-421; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell’evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 779; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 311.

si rende necessaria l'amputazione dell'arto, ma le indagini dimostrano che anche se A si fosse comportato a regola d'arte, sarebbe comunque stato necessario amputare il braccio per gli errori commessi dal chirurgo ortopedico B nell'intervento di chirurgia effettuato il giorno seguente); d) il comportamento dell'agente ha determinato non l'aumento, bensì la riduzione del rischio (A e B sono due poliziotti che vorrebbero evitare al giovane collega Sempronio di partecipare ad uno scontro a fuoco con un pericoloso criminale; A aggiunge al caffè di Sempronio un sonnifero, ma non si accorge di aver utilizzato una dose eccessiva, potenzialmente letale; B interviene somministrando un antidoto a Sempronio, che viene così ricoverato in ospedale con una gastrite e curato in pochi giorni. Nello scontro con il malvivente, sia A che B riportano lesioni gravissime e permanenti agli arti.). In tutti questi casi – sostiene la dottrina che sposa questa teoria – l'analisi del nesso di rischio svolge un'auspicata funzione di limitazione dell'area del penalmente rilevante, poiché la condotta è solo antecedente naturalistico ma non anche giuridico. Benché la teoria abbia raccolto numerosi avalli giurisprudenziali<sup>86</sup>, ci sentiamo di concordare con l'opinione di chi ritiene né utile, né opportuno – e persino dannoso – ricorrere a questa sistematica. Sull'utilità della teoria, i singoli casi possono essere risolti in altro modo: a) dove manca un rischio riprovato dall'ordinamento, è in realtà assente una regola di diligenza (nessuna norma impone grande cautela nel consigliare ad un conoscente un lancio paracadutistico, attività che presenta notoriamente rischi gravi e ineliminabili); b) l'assenza di nesso di rischio tra il pericolo e l'effettivo decorso si traduce, semplicemente, in un'assenza di dolo o di colpa, poiché l'evento in senso concreto non era voluto, o non era prevedibile o previsto; c) se l'alternativa lecita non avrebbe eliminato il rischio, questo comporterà un difetto di colpevolezza per la mancanza di uno dei nessi tra la colpa e l'evento, poiché la condotta a regola d'arte non

---

<sup>86</sup> È interessante notare che la teoria dell'imputazione obiettiva è stata accolta in giurisprudenza con l'esito paradossale di elidere l'accertamento del nesso di causalità materiale, e di considerare sufficiente un semplice aumento del rischio di verifica dell'evento, e non la realizzazione dell'evento stesso; si è così estesa l'area del penalmente rilevante, anziché contenerla come auspicava la dottrina che l'aveva proposta. Per quest'amara analisi, cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 245 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 1 ss.; ID., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., pp. 1684 ss.

avrebbe evitato la lesione del bene giuridico; d) se vi è diminuzione del rischio, ma nondimeno è stato leso un bene giuridico, è possibile applicare la scriminante dell'art. 52 c.p., o l'esimente dell'art. 54 c.p. A queste considerazioni si aggiunge una notevole difficoltà a trovare una collocazione sistematica di questa tesi in un impianto codicistico in cui le poche norme sulla causalità (artt. 40 e 41 c.p.) non fanno alcun riferimento esplicito a correttivi teleologici del paradigma condizionalistico. Infine, il riferimento al criterio dell'aumento del rischio genera una notevole incertezza e può minare il rigore dell'accertamento del nesso eziologico naturalistico, che è invece un presupposto anche della teoria stessa<sup>87</sup>.

Per ciò che riguarda, in particolare, il fatto illecito del terzo, quali sono i casi in cui l'imputazione dell'evento ad A viene meno per l'interruzione del nesso di rischio a causa dell'intervento di una condotta di B o di V?<sup>88</sup>

Una prima ipotesi è quella in cui il soggetto che interviene successivamente accetta di auto-esporre al pericolo creato inizialmente da A: dal momento che è presente un comportamento autolesivo, siamo nell'ipotesi  $A + V \rightarrow L$ . Nel rispetto della libera autodeterminazione di ogni soggetto, purché V abbia piena consapevolezza del rischio e sia pienamente capace di intendere e volere, e non sia stato ingannato da A circa la portata del rischio, cade l'imputazione dell'evento a carico di A (ad esempio: il medico A rientra da una zona dell'Africa centrale dove è stato a contatto con malati di colera; avverte alcuni sintomi della malattia, ma non li denuncia e riprende servizio in ospedale; ricoverato in isolamento in un reparto appositamente allestito, il cappellano dell'ospedale V sceglie deliberatamente di visitarlo, nonostante il proprio debole sistema immunitario, e resta contagiato).

---

<sup>87</sup> Per queste considerazioni, cfr. G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 3 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 374 ss.; L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, cit., pp. 1053 ss.

<sup>88</sup> Cfr. Per es., H.J. RUDOLPHI, *vor 1/79*, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di H.J. Rudolphi. Frankfurt a.M., 1975, par. 81 a.

In quest'ambito è controversa la casistica delle azioni di salvataggio: secondo alcuni autori l'evento sofferto dal soccorritore non è imputabile a chi viene soccorso, indipendentemente dal fatto che si tratti di soccorso volontario o di professionisti, poiché vi è sempre alla base una libera scelta; altre teorie escludono l'imputazione solo per il soccorso volontario; altre anche per il soccorso professionista se però il fattore di rischio non è introdotto da A, ma era preesistente (non un incendio appiccato dallo stesso A, ma un'escursione in montagna)<sup>89</sup>.

La seconda ipotesi è quella del c.d. "rimando al campo di competenza altrui": in questi casi, il secondo soggetto che interviene (B) subentra al primo, assume il controllo della situazione e pertanto, gli eventi dannosi da lui provocati sono a lui solo imputabili, non più anche ad A, benché questi abbia creato il rischio originario. Così, l'automobilista A che viaggia con i fanali spenti di sera viene fermato da una pattuglia della polizia, ma se l'agente B, dopo averlo multato, rimuove il triangolo segnaletico dalla strada, e a quel punto la macchina di A è tamponata da un'altra vettura, il cui conducente resta ferito, tale evento è ascrivibile solo al poliziotto.

Anche a queste ipotesi di condotta illecita altrui si applicano le critiche ricordate per le altre applicazioni della teoria dell'imputazione obiettiva al problema delle concause: vi è il rischio di una confusione tra i profili della causalità materiale, della prevedibilità dell'evento, dei nessi tra la colpa e l'evento. Così, la causalità vera e propria sussiste, e le considerazioni problematiche si articolano piuttosto sulla prevedibilità dello sviluppo degli eventi futuri (il medico poteva o avrebbe dovuto prevedere un cappellano così zelante da far visita ad un malato contagioso senza le adeguate protezioni? un escursionista in montagna, magari su un sentiero non troppo rischioso, poteva o avrebbe

---

<sup>89</sup> Un altro gruppo vede un soggetto X accettare che sia Y ad esporlo al rischio: per esempio, il passeggero X, nonostante il barcaiolo Y gli abbia illustrato i rischi di una traversata con il fiume in piena, chiede di procedere. Se la barca si ribalta e il passeggero X affoga, l'imputazione della sua morte a Y non può essere negata già a livello di nesso di rischio, dal momento che è proprio il barcaiolo ad aver in definitiva deciso di rendersi disponibile per la traversata e ad aver maneggiato i remi; interverrà piuttosto la scriminante del consenso dell'avente diritto. In questo gruppo di casi, tuttavia, stiamo indagando l'imputazione dell'evento al soggetto che è più prossimo alla sua realizzazione (il barcaiolo, che ha il controllo della barca), quindi stiamo indagando la responsabilità di B e se il consenso di A la modifichi. Tutta la nostra analisi, invece, è condotta dall'ottica prospettica della responsabilità di A.



dovuto prevedere che un'altra persona, nel soccorrerlo, cadesse in un crepaccio? l'automobilista poteva prevedere quella dinamica, con il poliziotto che toglie il segnale dalla strada senza curarsi che non stia transitando un'altra vettura?). Come vedremo nel prossimo capitolo, è la questione della limitazione dell'ambito della responsabilità in relazione al fatto altrui data da una sorta di "affidamento" del soggetto sul fatto che anche gli altri si comporteranno in modo corretto.

A fronte di questa varietà di possibili soluzioni, l'interpretazione prevalente e più solida dell'art. 41, comma 2 vi ravvisa nient'altro che una *conferma del criterio della teoria condizionalistica*. L'espressione "cause da sole sufficienti a determinare l'evento" starebbe quindi a significare semplicemente "serie causali autonome", posteriori alla condotta di A in senso cronologico e capaci di produrre l'evento in assenza di ogni altro fattore, dunque anche della condotta del primo agente<sup>90</sup>. Ecco che il ruolo del primo fattore causale diventa un semplice antecedente temporale, ma non ha alcuna influenza dal punto di vista causale, e sarà irrilevante dal punto di vista penalistico a meno che esso non possa assumere un'autonomia rilevanza a titolo di tentativo o di un eventuale diverso reato autonomo<sup>91</sup>. L'interpretazione, a dispetto dell'apparente complessità linguistica, è quella più lineare e sistematicamente coerente: l'insieme delle condizioni sufficienti a determinare un evento (sulla base delle leggi scientifiche e di regolarità causale) è definibile "causa sufficiente" alla stregua della disciplina di cui all'art. 40 c.p.; è ovvio che questa etichetta sottintende il fatto che tali cause siano autonome (appunto, da sole sufficienti a determinare l'evento). L'articolo 41, comma 2 precisa che quando tale autonomia si manifesta in cause sopravvenute (il comportamento di B o di V), la naturale conseguenza è la rescissione del legame causale tra un altro antecedente (la condotta di A) e l'evento stesso<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1261.

<sup>91</sup> G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2018, pp. 235 ss.

<sup>92</sup> Per questa sottolineatura, cfr. F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., pp. 1267 ss.

A propria volta, questa interpretazione ha ricevuto alcune critiche, che tuttavia non sembrano in grado di comprometterne la validità. Una prima questione concerne l'utilità della stessa norma. Una rigida adozione del principio della causalità condizionalistica comporterebbe una sostanziale coincidenza con il significato del comma 1 dell'art. 41: si tratterebbe dunque di una norma meramente definitoria, e addirittura superflua<sup>93</sup>. Inoltre, se una condotta non è in rapporto eziologico con l'evento, proprio a causa dell'intervento di una serie causale autonoma, come potrebbe essere definita causa ai sensi dell'art. 40? Perché il legislatore avrebbe dovuto preoccuparsi di svolgere una simile precisazione, se non siamo in presenza di una causa?<sup>94</sup> E ancora, pur ammettendo la ridondanza della norma, perché il legislatore avrebbe operato questa precisazione con riferimento alle sole cause sopravvenute?<sup>95</sup>

Eppure, nulla vieta al legislatore di ripetere due volte una norma, o di specificarla attraverso più disposizioni<sup>96</sup>. D'altra parte, la limitazione della precisazione alle sole cause sopravvenute è del tutto logica: in presenza di una serie causale autonoma precedente o contemporanea alla condotta che l'interprete esamina, è evidente che quest'ultima risulta irrilevante, e non la si considera neppure quale causa. Al contrario, il caso del comportamento autonomo successivo è più spigoloso: inizialmente, sussiste un legame causale tra la prima condotta umana (di A) e l'evento, e solo successivamente, a fronte dell'intervento della serie causale *da sola sufficiente* a causare l'evento (comportamento di B o V), il primo viene eliso. Ecco allora che il legislatore ha esplicitato la regola nell'art. 41, comma 2<sup>97</sup>.

Ancora, si è detto che osservando la norma di cui all'art. 41, comma 2 senza assumere pregiudizialmente che il criterio dominante nell'accertamento causale sia

---

<sup>93</sup> O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra condizioni sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 683 ss.

<sup>94</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 375-376; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 149-150 ss.

<sup>95</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 376.

<sup>96</sup> F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1265.

<sup>97</sup> F. D'ALESSANDRO, *Sub art. 41*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini-G.L. Gatta, IV ed., Milanofiori Assago, Ipsoa Wolters Kluwer, 2015, p. 587.

quello condizionalistico, si nota come tale regola scinde la verifica del nesso di causalità naturalistica da quella di causalità giuridica: nell'ipotesi delle cause da sole sufficienti, in realtà la prima condotta mantiene la sua natura di antecedente eziologico, perché le cause sopravvenute possono operare solo se la prima condotta è presente e naturalisticamente causale (se il ciclista A non avesse travolto un pedone, questi non si sarebbe trovato nell'ambulanza, poi a sua volta investita dal camionista B). Quello che difetta è invece la possibilità di imputare tale condotta in senso più strettamente giuridico, perché le conseguenze della prima azione, essendo eccezionali, non possono essere direttamente imputati a chi la compie<sup>98</sup>. In alternativa, è stato sostenuto che la norma fungerebbe da criterio di limitazione del nesso naturalistico, selezionando i comportamenti causali in termini di "offensività" di una condotta di cui già sia stato provato il nesso condizionalistico<sup>99</sup>. Tuttavia, così ragionando si ricade nella teoria della causalità adeguata o umana; inoltre, proprio nell'esempio che abbiamo ora portato la soluzione – a nostro parere – correttamente proposta dai fautori della teoria condizionalistica è che permanga ininterrotto il nesso causale tra la condotta dell'investitore A e l'evento morte; ciò che invece difetta è la prevedibilità dello sviluppo della propria azione, e quindi vien meno non la causalità, ma la colpevolezza nella condotta di A<sup>100</sup>.

Pertanto, come anticipato, le critiche non sono idonee a compromettere l'interpretazione della dottrina maggioritaria, secondo cui non solo la teoria condizionalistica si applica anche all'art. 41, comma 2, ma la norma non evidenzia, né

---

<sup>98</sup> Così G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 316 ss.

<sup>99</sup> Per questa lettura "costituzionalmente orientata", cfr. M. RONCO, *Interruzione del nesso causale e principio di offensività*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 819 ss. La proposta, tuttavia, non ci convince, dal momento che la valutazione dell'offensività comporta la valutazione di elementi diversi: accertare il nesso causale non significa valutare quanto grave possa essere stata la lesione di un bene giuridico, o se sia stato leso il bene giuridico protetto dalla norma; significa, al contrario, valutare se la condotta è l'antecedente di una lesione (l'evento) che si sa per certo essere presente.

<sup>100</sup> G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 237; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 388. L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, cit., pp. 1053 ss.

determina la necessità di alcun correttivo o di alcuna limitazione di tale paradigma. Sul punto concorda la giurisprudenza prevalente: in materia di infortuni sul lavoro, per esempio, è stata affermata la piena integrità della relazione causale tra la condotta del datore e l'assenza di adeguate cure<sup>101</sup>. Nell'ambito della sicurezza stradale, ad esempio, la Cassazione ha negato che il comportamento imprudente di alcuni automobilisti che sopraggiungono dopo che il primo ha causato un pericolo – per esempio, ha ostruito la carreggiata – impedisca di muovere a tutti un rimprovero<sup>102</sup>. Talvolta la formulazione utilizzata dalla Corte di legittimità è un poco ambigua, poiché in alcuni casi i giudici negano l'autonomia della serie causale proprio in ragione della prevedibilità di quel fattore (utilizzando espressioni che richiamano ai criteri di adeguatezza della causa)<sup>103</sup>, mentre in altri casi accolgono il principio dell'equivalenza delle cause, e pertanto riconoscono quali autonome solo quelle che intervengono in modo svincolato dal comportamento del primo agente<sup>104</sup>.

Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono, possiamo affermare che lo spettro del regresso all'infinito non può essere allontanato ascrivendo alla norma di cui all'art. 41 comma 2 un significato diverso da quello più semplice, aderente alla sua formulazione letterale, e soprattutto coerente con l'accoglimento della teoria condizionalistica. Questa, infatti, non ha bisogno di un correttivo, che finirebbe per dare l'ingresso a teorie causali alternative che propendono tutte per soluzioni raggiungibili anche con gli strumenti della causalità condizionalistica e che creano una

---

<sup>101</sup> Cass. pen., sent. 4 ottobre 2006, Lestingi, in *CED*, 235537; per alcuni casi analoghi, cfr. Cass. pen., sent. 10 novembre 2009, Iglina, in *CED*, 246695; Cass. pen., sent. 23 maggio 2007, Montanino, in *CED*, 236991; Cass. pen., sent. 23 marzo 2007, Pelosi, in *CED*, 236721.

<sup>102</sup> Cass. pen., sent. 19 giugno 2006, Cordella, in *CED*, 236185.

<sup>103</sup> Cass. pen., sent. 29 aprile 2011, Cocon, in *CED*, 250695.

<sup>104</sup> Cass. pen., sent. 13 febbraio 2010, Izzo, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2299; Cass. pen., sent. 26 gennaio 2010, Palazzolo, in *CED*, 246549; Cass. pen., sent. 18 gennaio 2010, Parisi, in *CED*, 246797; Cass. pen., sent. 26 marzo 2010, Fondiaria SAI s.p.a., in *CED*, 247333; Cass. pen., sent. 18 febbraio 2010, D'Andria, in *Guida dir.*, 2010, p. 80; Cass. pen., sent. 12 febbraio 2010, Cassa di risparmio di Rieti s.p.a., in *CED*, 247261; Cass. pen., sent. 23 maggio 2012, in *Giur. it.*, 2013, p. 1394.

problematica sovrapposizione di piani sistematici tra la causalità e la colpevolezza. Certamente, una conseguenza di questa più rigorosa soluzione è che l'interruzione del nesso causale verrà ravvisata per un numero assai esiguo di condotte (solo e soltanto quelle sopravvenute autonome). Tuttavia, se questo può determinare una maggiore fatica da parte dell'interprete, costretto ad esaminare il legame relazionale tra le condotte anche in punto di colpevolezza, pone allo stesso tempo una maggiore attenzione sulle questioni essenziali del contenuto della norma cautelare e della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento da parte di A, che è spesso, in una dinamica plurisoggettiva, il vero cuore del problema, assai più di quanto non lo sia la rilevanza causale del comportamento di A.

## **2.2.      *La causalità motivazionale***

Vi è poi un secondo grande ambito in cui la relazionalità tra le condotte di A e B assume un particolare significato sul piano causale: quello dell'influenza psichica. Il primo soggetto, infatti, influenza con la propria condotta il processo decisionale del secondo, che successivamente o contestualmente compie la sua azione od omissione che conduce al perfezionamento del reato. Il fenomeno viene definito "causalità psichica" o "causalità motivazionale", e in questi casi il legame causale che si instaura assume dei tratti peculiari, che possiamo schematizzare nei seguenti termini: A tiene una condotta di tipo "comunicativo" (come un incitamento o un consiglio), che assume rilievo nel processo psichico con cui B perviene alla decisione di tenere la propria condotta, cui segue la realizzazione dell'evento finale. La struttura causale è quindi complessa, e presenta un termine ulteriore rispetto allo schema classico che lega un'azione o un'omissione ad un evento: la condotta di A determina infatti un evento intermedio (l'influenza nel processo decisionale di B) che ha natura psichica, cioè non ha una corrispondenza nel mondo esterno; solo successivamente, dopo che anche B ha messo in atto la propria condotta, viene causato l'evento finale B. La condotta di A potrà essere ritenuta causale dell'evento finale solo nel caso in cui in sua assenza il processo decisionale di B si sarebbe sviluppato in modo diverso, o non si sarebbe sviluppato

affatto, vale a dire se B avrebbe agito con tempi e modalità differenti o non avrebbe agito affatto. La relazione causale che viene a determinarsi, dunque, non sussiste direttamente tra la condotta di A e l'evento finale, bensì tra due condotte umane, e solo in un secondo momento tra queste e l'evento<sup>105</sup>. A fronte di questa descrizione, è evidente che l'aggettivo "psichico", usato per descrivere il fenomeno, non dovrebbe essere tanto riferito alla causalità in sé, quanto piuttosto all'evento intermedio causato dalla condotta di A; tuttavia, per comodità si usa la locuzione "causalità psichica" per indicare questa particolare tipologia di influenza di una condotta sulla determinazione ad agire o ad omettere altrui.

Tale meccanismo, all'apparenza complesso, trova in realtà numerose esemplificazioni, tanto tra gli istituti di parte generale, quanto tra le singole fattispecie incriminatrici.

Dev'innanzitutto essere ricordato l'ampio ventaglio di ipotesi riconducibili al concorso morale. Si pensi all'effetto psicologico che sulla mente di un concorrente è prodotto da tutte le forme di interazione tra chi si limita a pianificare o ad ordinare la realizzazione di un reato e chi contribuisce materialmente a commetterlo. Vari sono gli esempi che presentano questa dinamica: l'istigazione, cioè il rafforzamento o la determinazione del proposito criminoso; l'incontro delle volontà, cioè la reciproca comunicazione dei progetti criminosi che sfocia nella realizzazione del reato; il consiglio

---

<sup>105</sup> Cfr. sul punto L. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari-G. Fornasari, Bologna, Clueb, 2001, p. 199: "più che di causa, si dovrebbe parlare di evento psichico di una condotta", e inoltre p. 122. In generale, sul concetto di "sotto-evento", o "evento intermedio" contrapposto ad un "evento finale primario", si veda F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., pp. 268 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1126 ss., che evidenzia la continuità tra i due eventi (quello intermedio della "causazione del proposito criminoso in capo al soggetto istigato" e quello finale della "esecuzione che ne sia conseguita da parte dell'istigato stesso"); M. PAPA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dizionario sistematico di diritto penale*, a cura di F. Giunta, Milano, Il Sole 24 Ore, 2008, p. 315. Alcuni autori sottolineano decisamente il legame che la condotta comunicativa di A deve possedere con l'evento finale, e non esclusivamente con l'evento psichico intermedio: M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 224 ss.

o l'informazione di ordine tecnico, acquisita da un altro concorrente, che contribuisce a fornire informazioni più precise a colui che materialmente compirà il reato<sup>106</sup>. È evidente che l'imputazione del reato al concorrente che materialmente non "fa" nulla non sarebbe ammissibile in assenza di un evento intermedio di natura psichica (il convincimento dell'altro concorrente, appunto)<sup>107</sup>.

Il fenomeno del concorso morale è frequentemente riconosciuto nella prassi giurisprudenziale, tanto che talvolta i suoi confini sono distorti fino a ricomprendere diverse situazioni in cui l'influenza nella sfera decisionale altrui è in realtà dubbia: la mera presenza di un soggetto sul luogo del crimine mentre un altro commette materialmente il reato<sup>108</sup>; i contributi materiali non necessari, inutili e addirittura dannosi (come nell'ipotesi del complice che per una rapina fornisce un arnese da scasso rotto, in concreto non utilizzato o si lascia seguire dalla polizia)<sup>109</sup>; alcuni casi di concorso

---

<sup>106</sup> Per questa tripartizione, si veda D. CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazioni psichica*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. De Francesco-C. Piemontese-E. Venafrò, Torino, Giappichelli, 2010, p. 186. L'autore ricorda inoltre – ai sensi dell'art. 115 c.p. – che l'istigazione e l'accordo assumono una rilevanza in un contesto concorsuale, e consentono l'imputazione del reato anche a chi abbia fornito un contributo morale atipico solo laddove siano seguiti dalla realizzazione del reato. Al contrario, in caso di istigazione accolta o di accordo che non sfocino nella commissione di un reato, l'interazione produce solo uno dei due eventi successivi (quello psichico), mentre difetta quello concreto che è appunto la lesione del bene giuridico; in caso di istigazione non accolta non si verifica neppure un'influenza sulla sfera di autodeterminazione del singolo, che spingerebbe a parlare di un "tentativo" di interazione psichica.

<sup>107</sup> Sul punto, per tutti, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 513 ss.

<sup>108</sup> Cfr. gli esempi giurisprudenziali in M. ROMANO-G. GRASSO, *Sub art. 110*, in *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2005, vol. II, p. 172, e quelli citati da P. COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 20-32, 255-258.

<sup>109</sup> Precisano in quali casi tali contributi potrebbero essere qualificati alla stregua di concorso morale G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 529-531; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 512.

esterno in associazione criminosa<sup>110</sup>; l'ordine indiretto fornito dai capi di un'organizzazione criminosa per la realizzazione dei reati-fine<sup>111</sup>.

Non sfuggirà che abbiamo utilizzato qui un linguaggio che rimanda strettamente al concorso di persone doloso, cioè al terreno di elezione per il fenomeno dell'istigazione: naturalmente, diversi studiosi si sono posti il problema dell'applicabilità di una simile struttura ai reati colposi. Il problema, che possiamo sinteticamente definire della "istigazione colposa" sarà discusso nel capitolo finale del lavoro, dedicato alle problematiche concorsuali colpose. Il meccanismo di influenza sulla psiche in un contesto plurisoggettivo emerge però anche in altri istituti di parte generale non legati al concorso di persone, quali la esimente dello stato di necessità (art. 54, comma 3 c.p.), o l'attenuazione o l'esclusione della pena in caso di provocazione (l'attenuante di cui all'art. 61, n. 2 c.p. e l'esimente di cui all'art. 599, comma 2, c.p.)<sup>112</sup>.

Anche nel catalogo delle singole ipotesi incriminatrici troviamo alcuni esempi evidenti di causalità psichica, che quindi può sussistere anche al di fuori di una struttura concorsuale: ci riferiamo ai molti casi in cui il legislatore, nella tipizzazione della fattispecie, dà rilievo ad un condizionamento psichico messo in atto dall'agente, come

---

<sup>110</sup> Per esempio, nel caso di un capo-mafia ormai anziano e non più in attività, che tuttavia spinga il figlio ad assumere un ruolo di primo piano nella gestione della cosca (riporta questo esempio M. ROMANO-G. GRASSO, Sub art. 110, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 186). Nella figura del concorso esterno, inoltre, apporto materiale e morale dell'*extraneus* tendono spesso a sovrapporsi: se il concorrente esterno genera "negli esponenti del sodalizio la consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto di un soggetto [...] qualificato, [...] un tale effetto costituisce, di per sé solo, un indiscutibile rafforzamento della struttura associativa". (così Cass. pen., Sez. Un., sent. 30 ottobre 2002, dep. 31 maggio 2003, n. 22327, Carnevale, in Cass. pen., 2003, pp. 3276 ss., in part. p. 3297). Inoltre, in tema si vedano le riflessioni di P. COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, cit., pp. 39-54.

<sup>111</sup> Cfr. ancora M. ROMANO-G. GRASSO, Sub art. 110, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 198-201 e M. PAPA, *Concorso di persone nel reato*, cit., pp. 316 ss.

<sup>112</sup> Hanno approfondito il problema della c.d. causalità psichica nel diritto penale L. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, cit., pp. 198-223; M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, pp. 815 ss.; L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, Giappichelli, 2007, *passim*, in part. pp. 8 ss., 38 ss.



l'istigazione, l'induzione, la determinazione, la minaccia, la costrizione (si pensi, a titolo esemplificativo, all'istigazione a delinquere, all'istigazione al suicidio, alla truffa, all'estorsione, alla violenza privata, alla circonvenzione di incapaci)<sup>113</sup>.

Vi sono poi casi in cui l'evento psichico descritto dal legislatore non è un'alterazione del processo decisionale, ma piuttosto uno *status* mentale e psicologico generato dalla condotta dell'agente: si pensi al vecchio delitto di plagio, su cui si è abbattuta la scure della Consulta per la mancanza di determinatezza<sup>114</sup>, e al vigente art. 612 *bis* c.p. (atti persecutori). Inoltre, il giudice può ritrovarsi nella necessità di accertare il collegamento tra la condotta umana e un evento di natura psichica anche in assenza di un'esplicita tipizzazione legislativa: si pensi al legame tra le minacce di un usuraio e il suicidio della vittima (fatto riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 586 c.p.)<sup>115</sup> o a quello tra le inutili pratiche di un sedicente guaritore e la morte del suo paziente che sceglie di non curarsi con altri farmaci o di ricorrere ad un medico<sup>116</sup>.

Dev'essere altresì precisato che, assai frequentemente, l'influenza psichica nei confronti di un altro soggetto si accompagna ad un contributo causale materiale. Per esempio, se A è l'amministratore delegato di un'azienda e nomina B in una posizione di responsabilità in cui egli è chiamato a prendere importanti decisioni e in tale ambito commette un reato, la condotta di A è un antecedente materiale necessario (perché solo la nomina dell'amministratore conferisce a B il potere di prendere delle decisioni), ma è allo stesso tempo un fattore di influenza psichica, poiché A esprime la propria fiducia nel collaboratore B, assegnandogli un ruolo importante (sono gli esempi riconducibili al quinto sottogruppo citato nel primo capitolo). Ancora, se il primario A nomina il

---

<sup>113</sup> Si veda sul punto L. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, cit., pp. 187 ss.

<sup>114</sup> La Corte costituzionale con sentenza 9 aprile-8 giugno 1981, n. 96 (Gazz. Uff. 10 giugno 1981, n. 158) ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 603 c.p.

<sup>115</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 19 ottobre 1998, in *Codice penale ipertestuale*, a cura di M. Ronco-S. Ardizzone, Torino, 2003, Sub art. 286, p. 2037.

<sup>116</sup> Cfr. Trib. Savona, sent. 22 dicembre 2004, ud. 24 settembre 2004, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 1143 ss. e Cass. pen., sez. I, sent. 22 novembre 2007, dep. 15 gennaio 2008, n. 2112, in CED.

giovane aiuto B a capo di un'*équipe* per affrontare un quadro clinico particolarmente complesso, è riscontrabile – oltre ad un contributo determinante in senso materiale di A – un incoraggiamento del superiore nei confronti di B a decidere autonomamente il piano terapeutico, e ciò potrebbe giocare un ruolo essenziale laddove B decidesse di passare sopra ai propri dubbi e, non volendo deludere il primario, adottasse una decisione sbagliata senza consultarsi con lui (caso VII).

In altri casi, la condotta di A esercita nei confronti di B esclusivamente un'influenza di tipo psichico. Per rappresentare quest'ultima situazione, ci è di grande aiuto fare riferimento alla vicenda processuale che ha visto imputati alcuni membri della Commissione Nazionale per la Previsione e la Prevenzione dei Grandi Rischi in relazione al devastante terremoto che ha colpito l'Aquila nella notte tra il 5 e il 6 aprile 2009, dalla quale abbiamo preso spunto per formulare il caso XV. La scossa sismica più forte e che ha provocato più danni, tra cui la morte di circa trecento persone e il ferimento di molte altre<sup>117</sup>, era stata infatti preceduta per mesi da frequenti scosse di magnitudo più bassa (il c.d. "sciame sismico"); la popolazione aquilana aveva inizialmente adottato le misure precauzionali tradizionali, tramandate per generazioni in una terra ad alto rischio sismico, cioè abbandonare le abitazioni per qualche ora fin dalla prima avisaglia di terremoto; tuttavia, il passare del tempo aveva messo a dura prova la resistenza psicologica degli abitanti, che invocavano il parere degli esperti per ottenere una delucidazione sul migliore comportamento da tenere a fronte di un fenomeno così anomalo e preoccupante. Il 31 marzo si erano così riuniti all'Aquila i membri della Commissione Grandi Rischi, organo consultivo della Protezione civile, tra i quali erano presenti diversi studiosi di alcuni rinomati istituti scientifici dediti alla sismologia e alla prevenzione del rischio tellurico. Al termine della riunione, alcuni di loro avevano risposto alle domande dei giornalisti e – secondo la tesi accusatoria – le rassicurazioni fornite in quell'occasione e nel verbale della riunione stessa circa l'assenza di un concreto rischio di una "scossa assassina" avevano determinato nella popolazione

---

<sup>117</sup> Il bilancio finale fu di 308 morti, circa 1.600 feriti tra i quali 200 gravissimi, e quasi 65.000 sfollati, oltre alla distruzione e al danneggiamento di numerose abitazioni e di svariati monumenti di grande interesse storico-artistico.

un effetto tranquillizzante: proprio in virtù di queste affermazioni, provenienti da scienziati così autorevoli, molti degli abitanti non avevano abbandonato le proprie case in seguito alle prime due scosse di terremoto verificatesi nella notte tra il 5 e il 6 aprile, ed erano così stati sorpresi dalla terza e drammatica scossa<sup>118</sup>. La questione sottoposta all'attenzione dei giudici – limitatamente all'accertamento causale – era dunque se e in che modo le azioni di alcuni membri della Commissione (le interviste e le discussioni che portarono alla stesura del verbale) avessero provocato una rassicurazione che aveva rivestito un peso determinante nella decisione degli abitanti di rimanere in casa, con l'esposizione ad un rischio ben maggiore di quello che essi avrebbero subito se si fossero allontanati, e quindi se quelle condotte potessero essere considerate causali rispetto alla morte e alle lesioni patite dalla popolazione aquilana<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> Il capo d'imputazione del giudizio di primo grado è pubblicato integralmente in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2012, con annotazioni di F. VIGANÒ.

<sup>119</sup> Per una guida ragionata della vasta e complessa sentenza del giudice di prime cure (Trib. di L'Aquila, 22 ottobre 2012, Barberi e a., giud. Billi), si veda M. C. BARBIERI, *La sentenza sul terremoto dell'Aquila: una guida alla lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 7 marzo 2013. Il Tribunale ravvisò la responsabilità per omicidio colposo e lesioni colpose plurime di tutti gli imputati; in particolare, benché il nesso di causalità psichica non fosse stato riscontrato in relazione a tutte le vittime, venne affermato per diversi casi, sulla base di una vera e propria legge scientifica e attraverso l'esclusione di fattori causali alternativi. Apprezzabilissima l'approfondita e critica analisi di A. GALLUCCIO, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale. Nesso causale ed addebito di colpa nella sentenza "Grandi Rischi"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 1, pp. 190 ss.

Il giudizio di secondo grado (Corte d'Appello dell'Aquila, sent. 10 novembre 2014, dep. 6 febbraio 2015, n. 3317, Pres. Francabandera, imp. Barberi e a.) ribaltò l'esito della sentenza del Tribunale, con l'assoluzione di sei dei sette imputati e la riduzione della pena al settimo; quest'ultimo viene condannato in relazione non tanto alle affermazioni scambiate durante la riunione, quanto piuttosto a dichiarazioni di un certo peso che egli solo aveva reso alla stampa durante un'intervista; l'affermazione della responsabilità penale viene tuttavia supportata non più basandosi su una legge scientifica, ma piuttosto su una serie di massime di esperienza, più adatte a fotografare le interazioni psichiche in assenza di una regolarità di tipo scientifico. Sul punto, si veda A. GALLUCCIO, *La sentenza d'appello sul caso del terremoto dell'Aquila*, in *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2015.

Infine, la Cassazione (Cass. pen., sez. IV, sent. 19 novembre 2015, n. 12478/16, Pres. Izzo, Rel. Dovare e Dell'Utri, P.G. in proc. Barberi e a., in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016, con annotazioni di A. GALLUCCIO) confermò pienamente le statuizioni della Corte d'Appello, sottolineando, in punto di nesso causale, che *"la c.d. causalità psichica, pur ponendosi in termini del tutto peculiari, rispetto alle forme tradizionali della causalità relativa ai fenomeni d'indole fisico-naturalistica (trattandosi di vicende*

Dopo aver delineato i tratti salienti di questa particolare forma di interazione tra A e B, è necessario sottolineare i due diversi problemi posti da tale relazione causale e dai suoi termini (l'evento psichico). Il primo è legato, in qualche modo, alla stessa ammissibilità di una responsabilità di A a fronte del principio di autodeterminazione di B, secondo cui ordinariamente, in assenza di particolari circostanze, ciascun soggetto risponde delle condotte che decide liberamente di mettere in atto. Il secondo riguarda invece la prova del nesso causale o – per meglio dire – la possibilità di verificare la sussistenza del legame causale sulla base di leggi scientifiche, ovvero di massime di esperienza, ovvero la necessità di utilizzare un diverso paradigma.

La questione del rapporto tra l'autodeterminazione dei soggetti dell'ordinamento e la possibilità di un'influenza del processo decisionale è logicamente preliminare, poiché si lega all'ammissibilità stessa di alcune forme di "causalità psichica"<sup>120</sup>. I critici ritengono erroneo sostenere che la condotta di un soggetto B sia influenzabile in modo determinante dal comportamento di un diverso soggetto A, poiché ciò presupporrebbe la negazione della libertà dell'azione o dell'omissione di B, ed entrerebbe in flagrante contraddizione con il principio secondo cui, in virtù del libero arbitrio, ogni soggetto può essere chiamato a rispondere del comportamento che tiene mentre è capace di

---

*che si combinano e risolvono integralmente nel chiuso della dimensione spirituale della persona, fuori da ogni possibile e concreta opportunità di osservazione o di verifica), non sfugge, ai fini del giudizio penale, alla necessità della preventiva ricerca di possibili generalizzazioni esplicative delle azioni individuali, sulla base di consolidate e riscontrabili massime di esperienza, capaci di selezionare ex ante le condotte condizionanti (socialmente o culturalmente tipizzabili), da sottoporre successivamente all'accertamento causale ex post. Le massime di esperienza - al pari delle leggi scientifiche di tipo probabilistico (e dunque di ogni forma di 'sapere incerto') - possono essere utilizzate allo scopo di alimentare la concretezza di un'ipotesi causale, secondo il procedimento logico dell'abduzione. Alla posizione (in termini congetturali) di tale ipotesi deve peraltro necessariamente far seguito, ai fini dell'affermazione concreta della relazione causale, il rigoroso e puntuale riscontro critico fornito dalle evidenze probatorie e dalle contingenze del caso concreto (secondo il procedimento logico dell'induzione), suscettibili di convalidare o falsificare l'ipotesi originaria e, contestualmente, di escludere o meno la plausibilità di ogni altro decorso causale alternativo, al di là di ogni ragionevole dubbio" (p. 86).*

<sup>120</sup> Sul punto, cfr. L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., pp. 87 ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 304 ss., nonché, più diffusamente, A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, Cedam, 2000, *passim*, in part. pp. 138 ss., 193 ss.

intendere e volere (salva la differenziazione tra dolo e colpa). Così, se B tiene un certo comportamento e non un altro, ciò non può implicare il coinvolgimento di un diverso soggetto A, dal momento che l'eventuale influenza esercitata da quest'ultimo, non essendosi tradotta in una forma di costrizione assoluta sul piano fisico o psichico, non intacca la capacità di B di determinarsi a compiere o meno una certa azione. Di conseguenza, non è possibile affermare la responsabilità di A quando il suo contributo si esaurisce in una forma atipica di partecipazione alla dinamica complessiva di svolgimento del reato.

Tale argomento può essere però facilmente capovolto. Quando si manifesta l'influenza della condotta di A, infatti, due sono le alternative possibili. L'effetto di questa può essere talmente forte da comportare una costrizione assoluta che induce B ad agire senza più sentirsi libero di comportarsi altrimenti (ma in questo caso potremo dire che B *non agit, sed agitur*: è la situazione che in caso di costrizione fisica è disciplinata dall'art. 46 c.p.), oppure B resta in ogni caso libero di scegliere come agire, cioè di autodeterminarsi, ma allo stesso tempo il suo processo decisionale è influenzato anche – e non per forza esclusivamente – dalla condotta di A. La condotta di A, infatti, gioca un ruolo rilevante, poiché introduce “*un motivo, più o meno buono, per compiere o per non compiere una determinata azione: questo motivo può ovviamente cadere nel vuoto [...] ma, se contribuisce alla formazione della volontà di chi lo raccoglie e lo interiorizza, allora possiamo senz'altro affermare che tale messaggio è [una] causa della sua azione*”<sup>121</sup>. Affermare l'esistenza di un legame causale tra la condotta di A e la decisione di B di comportarsi in un certo modo non significa considerare necessaria l'azione o l'omissione di quest'ultimo e, dunque, affermare che le sue scelte non siano libere; significa, invece, che il soggetto B avrebbe agito diversamente (per esempio con minore convinzione e minore rapidità) o non avrebbe agito affatto in assenza della condotta comunicativa di A; semplicemente, la sfera psichica di B si apre a ricomprendere, tra le ragioni che lo portano ad agire o ad omettere, anche il messaggio veicolato dalla condotta di A.

Così – per riprendere il caso VII – il medico B che viene incaricato dal primario A di stabilire autonomamente il piano terapeutico può certamente sentirsi incoraggiato

---

<sup>121</sup> Cfr. sul punto, A. GALLUCCIO, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale*, cit., p. 197.

a decidere in modo netto e audace, sopprimendo i dubbi circa la correttezza delle sue diagnosi, ma la sua capacità di determinarsi ad agire in quel modo (senza discutere col primario delle sue perplessità) resta indiscussa. Anche a fronte della libera scelta di B, se il messaggio veicolato da A ha avuto una certa rilevanza nella decisione, (anche) la condotta di A sarà causale. Si tratta in fondo di situazioni non difforni da quelle che tutti noi sperimentiamo quando accettiamo un consiglio e lo seguiamo reagendo in un modo, e non altrimenti, ad una situazione.

Si noti, peraltro, che ai fini dell'accertamento del nesso causale di tipo motivazionale, non conta la veridicità o l'accuratezza del messaggio veicolato dalla condotta di A. Certamente, l'opinione di uno scienziato sulla possibilità che si verifichi o meno un evento naturale acquisisce una maggiore autorevolezza<sup>122</sup> ma, dal punto di vista strettamente causale, ciò non è determinante: B potrebbe infatti scegliere di agire in un certo modo anche sulla base delle parole di un folle o di uno stregone, o dopo aver ascoltato una ricostruzione della realtà per niente corrispondente al vero. Al più, queste considerazioni avranno rilievo nella valutazione dell'intensità della colpa del soggetto A, poiché tanto più credibile (o veritiera) è l'informazione e tanto più autorevole la fonte, tanto maggiore è la probabilità che un soggetto B si fidi di questa e dunque la consideri in modo rilevante quando decide come comportarsi.

La seconda problematica riguarda invece la scelta del corretto paradigma di riferimento per qualificare le varie forme di influenza psichica e per accertare o negare la sussistenza del nesso causale: le decisioni umane rispondono a leggi scientifiche (ancorché di natura probabilistica), a massime di esperienza o – più radicalmente – l'intero meccanismo della causalità condizionalistica si rivela inadeguato ad inquadrare il fenomeno?

Non mancano posizioni critiche che sostengono l'impossibilità di utilizzare il paradigma causale della *condicio sine qua non* per spiegare la partecipazione morale e

---

<sup>122</sup> Il riferimento è al citato caso del terremoto dell'Aquila, poiché le assicurazioni che invitavano diversi cittadini a non abbandonare le proprie abitazioni alla minima avvisaglia di una scossa sismica provenivano da figure nominate rappresentanti delle istituzioni all'esito di una consultazione tra scienziati quale, appunto, la riunione della Commissione Grandi Rischi.

l'influenza psichica nella sfera decisionale altrui, poiché gli effetti psichici provocati su un soggetto dal comportamento comunicativo di un altro si esauriscono nel *foro interno*, caratteristica che li rende del tutto imprevedibili e potenzialmente irripetibili. Pertanto, non sarebbe possibile utilizzare alcuna generalizzazione astraendo dalle vicende concrete una sequenza causale che possieda una certa regolarità<sup>123</sup>, e risulterebbe assai rischioso affidare al giudice tale compito<sup>124</sup>. Così, anche in presenza di una condotta comunicativa di A che potrebbe ragionevolmente indurre B a tenere un certo comportamento, non è detto che quest'ultimo si comporti conformemente all'aspettativa (maturata attraverso l'osservazione del comportamento di altri esseri umani) e neppure che lo stesso B, in due momenti diversi e a fronte della medesima condotta di A, tenga lo stesso atteggiamento<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Cfr. per esempio L. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, cit., pp. 199 ss.; G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, AA.VV., Torino, Giappichelli, 2001, vol. II, pp. 335 ss.; O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, cit., p. 679; EAD., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., pp. 303-306. Secondo T. PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 405, "la causalità 'psichica' è in realtà figlia di una psicologia indeterministica che ha fatto il suo tempo, se mai ne ha avuto uno, e che sopravvive soltanto nelle pagine di qualche manuale penalistico o di qualche sentenza proclive a motivare ricorrendo a *tópoi* concettuali frusti e bislacchi".

<sup>124</sup> A titolo esemplificativo, con riferimento al concorso di persone, cfr. G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, Utet, 2000, vol. Aggiornamento, p. 71.

<sup>125</sup> Lo affermano H.L.A. HART-T. HONORÉ, *Causation in the law*, Oxford, 1959, p. 53 "Yet this presupposition of broad similarity in human behaviour, without which we could not have the concept of a reason for action, does not mean that, when on a particular occasion we assert that a person acted for a particular reason (e.g. to avoid threatened danger), we are committed to any assertion that, if the circumstances were repeated, the same action would follow: it may be that neither he nor anyone else would act so again in such circumstances". Simili le osservazioni di S.A. OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg: zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB*, Berlin, 2002, pp. 159 ss., citato da M. RONCO, *Le interazioni psichiche*, cit., p. 839, (che applica il principio di indeterminatezza di Heisenberg alle condotte umane) e di K. BERNSMANN, *Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Recht*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*, 1982, pp. 538 ss., sempre riportate da M. RONCO, *Le interazioni psichiche*, cit., p. 841, che insiste sulla straordinaria complessità dei fenomeni psichici. Cfr. inoltre C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, cit., p. 223.

Una prima soluzione alternativa avanzata dagli studiosi nell'ambito del concorso di persone consiste nel abbandono del modello condizionalistico e dell'accertamento del nesso causale *ex post*, per adottare un approccio che selezioni i contributi rilevanti *ex ante*, secondo un criterio prognostico, sulla base di requisiti elaborati sulla falsariga della disciplina del tentativo: il contributo motivazionale di A dev'essere congruo e proporzionale alla condotta materialmente esecutiva di B (idoneità) e caratterizzato da atti atipici funzionali a quelli esecutivi (non equivocità)<sup>126</sup>.

Una seconda possibilità è la creazione di modelli di tipo "individualizzante", in cui l'accertamento tra la condotta e l'evento psichico dovrebbe essere effettuato esclusivamente con riferimento allo specifico contesto fattuale in cui si è realizzata la prima (stante, appunto, il suo carattere di irripetibilità)<sup>127</sup>.

In prospettiva *de jure condendo* è anche stato suggerito di affiancare al paradigma eziologico classico la tipizzazione di "*singole forme di partecipazione mediante condotte non causali rispetto all'evento*"<sup>128</sup>, in particolare nei casi di agevolazione e istigazione: si dovrebbe quindi riconoscere che determinati apporti possono essere significativi pur senza essere causali in senso stretto.

---

<sup>126</sup> M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale*, cit., pp. 815 ss.; in part. 834 ss., 843 ss. E. ONDEI, *Correità e rapporto di causalità*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1946, I, p. 50; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 560.

<sup>127</sup> Il che si traduce nella prova del legame tra condotta ed evento psichico senza alcun possibile riferimento a generalizzazioni causali, ma esclusivamente sulla base di quanto il giudice ritiene plausibile, una volta ascoltate le dichiarazioni del destinatario della condotta comportamentale e dei testimoni. Cfr. per un esempio giurisprudenziale, il caso dell'influenza psichica delle promesse di un sedicente guaritore su una donna malata di cancro, di cui alla nota 116.

<sup>128</sup> M. DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, ID., Padova, Cedam, 2003, pp. 33 ss. Sempre nell'ottica della differenziazione di paradigma *lato sensu* causale a seconda del tipo di contributo, si ricorda l'opinione di L. RISICATO, *La causalità psichica*, cit., pp. 14 ss., che distingue, nell'ambito del concorso morale, da un lato la vera e propria determinazione, per la quale si utilizzerebbe il parametro della causalità condizionalistica e come leggi di copertura si adotterebbero generalizzazioni dei comportamenti sociali, e dall'altro l'istigazione e il rafforzamento, per cui è sufficiente accertare che la condotta accessoria abbia una concreta incidenza sulle modalità di realizzazione della condotta di B, senza tuttavia ricorrere agli schemi della *condicio sine qua non*.



La dottrina maggioritaria, tuttavia, continua a propendere per l'adozione della formula condizionalistica anche nell'accidentato campo della causalità motivazionale<sup>129</sup>, formula che riscuote altresì un certo successo giurisprudenziale, per tre motivi diversi.

Innanzitutto, per la sua rassicurante unitarietà dogmatica, che esime dalla ricerca di un modello diverso per misurare l'influenza del comportamento sulle decisioni altrui.

In secondo luogo, per la difficoltà di individuare un'alternativa che riesca a staccarsi in modo deciso dal paradigma condizionalistico e risulti allo stesso tempo convincente. Infatti, anche meccanismi alternativi fondati su un criterio prognostico, per esempio legato all'idoneità di una condotta a generare una certa decisione o alla pericolosità della condotta di A per le conseguenze che potrebbe avere sul processo decisionale di B<sup>130</sup>, non riescono ad affrancarsi dalla necessità di riscontrare un legame in senso lato eziologico tra la condotta stessa e il suo effetto<sup>131</sup>, e neppure offrono un sicuro rifugio contro le generalizzazioni che l'interprete dovrebbe operare. D'altra parte, neppure la prospettata riforma per differenziare i paradigmi causali a seconda della tipologia di interazione riuscirebbe a risolvere il problema di verificare la concreta influenza sulla sfera decisionale di A, e dunque la causazione di ciò che, nel modello causale classico, è stato definito "evento psichico": il rischio è di andare incontro ad una riforma nominalistica, più che ad una reale differenziazione del paradigma causale<sup>132</sup>. Inoltre, le alternative proposte presentano ulteriori limiti: l'adozione di criteri prognostici rischia di trasformare le fattispecie di danno in fattispecie di pericolo, a dispetto del principio di legalità, e di generare ipotesi di responsabilità per fatto altrui<sup>133</sup>;

---

<sup>129</sup> Questa è la posizione prevalente: cfr. M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 367; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., pp. 102-107; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 530.

<sup>130</sup> Cfr. L. RISICATO, *La causalità psichica*, cit., pp. 28 ss.

<sup>131</sup> "Causalità e idoneità (o pericolosità ex ante) sono categorie geneticamente inscindibili, appartengono allo stesso ceppo. [...] l'idoneità è causalità in potenza" afferma M. DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, cit., p. 334.

<sup>132</sup> D. CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone*, cit., pp. 193-194, n. 18.

<sup>133</sup> L. RISICATO, *La causalità psichica*, cit., p. 31.

l'utilizzo di modelli "individualizzanti" determinerebbe un accertamento fondato esclusivamente su basi psicologiche, peraltro ricostruite da elementi indizianti esterni dal significato non sempre univoco.

Il terzo motivo è quello più rilevante: gli ostacoli di tipo epistemologico e le incertezze logiche dell'applicazione della *condicio sine qua non* ai fatti psichici non sono insuperabili. Vediamo perché. Innanzitutto, molti autori hanno sostenuto che dall'osservazione dei comportamenti degli esseri umani siano effettivamente ricavabili delle leggi scientifiche, che presenterebbero, rispetto ad alcune delle leggi che regolano i fenomeni del mondo fisico, solo la peculiarità di avere necessariamente una natura statistica<sup>134</sup>. Il paradigma condizionalistico sarebbe allora applicabile *tout court*.

---

<sup>134</sup> La problematica è stata studiata innanzitutto in Germania da K. ENGISCH, *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber*, a cura di H. Welzel-H. von Weber, Bonn, 1963, pp. 247 ss. (nella ricostruzione fornita da M. RONCO, *Le interazioni psichiche*, cit., pp. 821 ss.): "la presupposizione di cui si avvale il giurista può avere per oggetto, oltre a leggi fisiche, ogni tipo di regolarità tra eventi", in quanto è possibile rinvenire una regolarità dei processi motivazionali interiori, circostanza che non è scalfita dal fatto che l'esperienza della causalità psichica non è mai universalmente ripetibile, ma sempre un'esperienza personale, in quanto solo colui che ha sperimentato l'influenza altrui nella propria sfera decisionale ne conosce esattamente la portata. C. ROXIN, *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, III ed., München, 1997, §§ 11-30, p. 305, afferma poi che il legame tra l'influenza altrui e l'adozione di una decisione è spiegabile sia con una relazione deterministica, fondata su una legge, sia con una non deterministica, fondata sull'esperienza. Nello stesso senso anche E. SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt am Main, 1972, pp. 183 ss. e F. DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996, pp. 29 ss. (anch'essi citati da M. RONCO, *Le interazioni psichiche*, cit., pp. 821 ss.).

Per la dottrina italiana, cfr. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, cit., p. 106, che riporta un passo di E. NAGEL, *La struttura della scienza: problemi di logica nella spiegazione scientifica*, Milano, Feltrinelli, 1968, p. 313, il quale afferma come "anche per i c.d. influssi psichici [...] resta valida l'affermazione che un antecedente è causale solo se è condizione *sine qua non*, e che il condizionamento non può essere accertato senza l'aiuto di adeguate generalizzazioni"; ma – non potendosi formulare, in tale ambito, leggi universali con caratteri di rigorosa certezza – "le generalizzazioni adottate nella spiegazione di azioni umane avranno [solo] una forma statistica in luogo di una forma rigorosamente universale; asseriranno, per esempio, che la maggior parte degli uomini, o che una percentuale di essi, si comporta, in date circostanze, in un dato modo". Si vedano inoltre S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, cit., pp. 1123 ss.; F. D'ALESSANDRO, Art. 40, cit., pp. 309 ss.

A dispetto però di quanto sostenuto da gran parte della dottrina, in ragione delle peculiarità dei fenomeni psichici che abbiamo citato in precedenza, leggi “sociologiche” che esprimano la regolarità dei fenomeni umani non sono mai state formulate<sup>135</sup>. Spesso, al contrario, il giudice finisce per presumere l’esistenza di tali leggi nella motivazione delle sentenze, o per astrarla proprio dalla generalizzazione della vicenda concreta che sta giudicando (mentre va da sé che la legge è proprio il termine di confronto che deve essere già presente, a cui la realtà concreta oggetto del giudizio deve essere rapportata).

La problematica, apparentemente insolubile, trova invece un preciso punto di caduta nella possibilità di fare ricorso, in luogo delle leggi scientifiche, alle massime di esperienza, cioè a quelle generalizzazioni del senso comune che riscuotono un ampio consenso, vengono consolidate attraverso esperienze che si dipanano in un ampio lasso di tempo e soprattutto non sono (come le leggi scientifiche, anche se probabilistiche) frutto di uno studio specifico, ma sono espressione di un vero e proprio contesto culturale in cui si manifesta anche la vicenda umana di interazione psichica oggetto del singolo giudizio. Le massime di esperienza, a differenza delle leggi scientifiche, possiederebbero *“l’elasticità sufficiente a piegarsi alla proteiforme varietà degli accadimenti concreti, proprio per essere costruit(e) tramite contenuti di esperienza effettivi, seppure parziali e non esaurienti la complessità del reale”*, escludendo però l’arbitrio del giudicante, che non è libero di individuare una qualsiasi relazione causale, ma deve uniformarsi ai criteri condivisi dall’intera società<sup>136</sup>.

Certamente, lavorare con le massime di esperienza significa accogliere un modello dove, per ovvi motivi, l’accertamento fattuale gioca un ruolo preponderante, e assume un carattere spiccatamente indiziario<sup>137</sup>. Ciò resta vero sia per il giudice che concentri la

---

<sup>135</sup> M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale*, cit., pp. 834 ss.; L. RISICATO, *La causalità psichica*, cit., pp. 72 ss.

<sup>136</sup> M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale*, cit., p. 842. Nello stesso senso, L. RISICATO, *La causalità psichica*, cit., p. 75 e F. CINGARI, *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 249.

<sup>137</sup> O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., pp. 304 ss.: *“In primo luogo, la verificabilità empirica delle leggi è, in relazione ai meccanismi psichici più bassa che altrove. Il che di*

propria attenzione direttamente sull'analisi della psiche umana<sup>138</sup>, sia per quello che scelga di affidarsi ad elementi esteriori e oggettivi, indicatori esterni che dovrebbero avere un valore indiziante di un determinato atteggiamento psichico. A fronte della natura stessa dei fenomeni psichici, questo tratto del legame eziologico è inevitabile. Occorre però guardarsi dal rischio di un accertamento *eccessivamente* sbilanciato sull'aspetto fattuale, in cui il giudice è dedito a raccogliere tutti i fattori indizianti, confrontandoli però non tanto (o non solo) con le generalizzazioni delle massime di esperienza, ma piuttosto con generalizzazioni di tipo nomologico (*"la normale 'reattività' e 'motivabilità' – dinanzi a determinati stimoli – di una data classe di soggetti collocata in un certo contesto"*<sup>139</sup>). In altre parole, l'elevato livello di credibilità razionale necessario per affermare la sussistenza del nesso causale non è più assicurato dalla presenza della legge scientifica, ma piuttosto da un rigoroso metodo scientifico, che vi supplisce<sup>140</sup>.

A nostro parere, studiando con attenzione gli elementi fattuali indizianti, e confrontandoli in modo rigoroso e scientifico con la correlazione tra i comportamenti umani espressa dalla massima di esperienza, il giudice sarà pienamente in grado di verificare il rapporto di causalità tra la condotta di A e il reato. In tal senso – giova osservarlo – la imprevedibilità dei comportamenti umani è sì un ostacolo, ma non insuperabile. Al giudice, infatti, non si chiede di prevedere *in astratto* quali potranno essere i comportamenti di B in ogni possibile caso in cui riceverà il condizionamento della condotta di A: nello svolgere tale prognosi, sarebbe assai arduo superare l'obiezione

---

*per sé inficia il tasso di scientificità della legge, declassandola a criterio meramente indiziario. In secondo luogo, il ricorso ad assunzioni tacite deve essere abbondante, e quindi tale da svilire ulteriormente la bontà del metodo logico, gettando ombre sulla possibilità stessa di chiarire il singolo fenomeno di condizionamento psicologico. [...] Se così è, in queste applicazioni, il ricorso alla (c.d.) legge sembra esaurire tutto il giudizio".* Va peraltro precisato che non concordiamo sulla conclusione dell'argomentazione, che sottolinea come anche i sostenitori del paradigma condizionalistico finiscano in realtà per ragionare secondo una logica di idoneità *ex ante* di una condotta.

<sup>138</sup> Salvo, peraltro, il non irrilevante problema del difficile connubio tra la competenza scientifica richiesta a tal fine, la preparazione del giudice e le regole del processo penale: cfr. M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale*, cit., pp. 841 ss.

<sup>139</sup> D. CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone*, cit., p. 201.

<sup>140</sup> C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 224.

dell'irregolarità dei comportamenti umani, perché da un solo dato certo (la condotta di A) si dovrebbero prevedere delle conseguenze ipotetiche; si tratta però di un compito più adatto ad un sociologo, ad uno studioso delle condotte umane. Al giudice, invece, è richiesto di stabilire se *in concreto*, in quella determinata serie di circostanze, la condotta di B sia o meno stata influenzata dal messaggio veicolato con la condotta di A. Si tratta di un compito più semplice, perché oltre al dato di fatto iniziale (la condotta di A) c'è già un ulteriore elemento certo (la commissione di un reato da parte di B), con l'esclusione di altre possibilità che, semplicemente, non si sono verificate e dunque non vanno prese in considerazione. Per tornare all'esempio del terremoto (caso XV), il compito del giudice non è stabilire tutti i possibili effetti prodotti dalle dichiarazioni dell'esperto A, né tutte le possibili implicazioni in termini di potenziali azioni od omissioni di ogni singolo abitante; al contrario, l'accertamento oggetto del processo sarà limitato a verificare se i cittadini (V), che abbiano ascoltato l'intervista di A, abbiano deciso anche (o solo) in funzione di quel messaggio rassicurante di restare a dormire in casa, senza allontanarsi lontano dagli edifici che crolleranno durante il sisma e provocheranno la loro morte. Se, per esempio, uno di loro fosse stato intervistato da un'emittente locale dopo aver ascoltato il messaggio di A, e avesse dichiarato di prendere la decisione di restare in città proprio (o, almeno, anche) in considerazione di quelle parole, questa sarebbe una robusta prova dell'influenza a livello psichico della condotta di A sul comportamento di V.

Naturalmente, il giudice dovrà necessariamente impegnarsi nell'esclusione dei possibili fattori alternativi che forniscano una plausibile spiegazione al comportamento di V: se, infatti, le testimonianze di alcuni sopravvissuti conoscenti di V (uno degli abitanti deceduti) provassero che quest'ultimo avesse scelto di rimanere in casa per non abbandonare diversi oggetti preziosi, da lui recentemente murati in casa, dovrebbe essere messo in discussione il nesso tra le assicurazioni fornite da A e la condotta di V.

Per concludere, va ricordata anche una prospettiva alternativa, che sostiene l'adozione delle massime di esperienza nell'ambito della causalità motivazionale, benché ravvisi in questo modello una struttura diversa da quella dell'accertamento del classico paradigma condizionalistico: in una prima fase *ex ante* vengono selezionate le condotte condizionanti rilevanti e costruite le regole di esperienza, mentre in una seconda fase *ex*

*post* vengono fornite le prove della relazione causale attraverso l'esclusione della riconducibilità dell'evento causale a decorsi motivazionali alternativi. Tale modello si distingue dal ricorso ai paradigmi causali "individualizzanti" perché presenta due fasi, una prognostica e una di accertamento *ex post*, nonché dal classico modello nomologico-deduttivo poiché, anche se entrambi sono bifasici, vi sono differenze strutturali (la causalità psichica è sì reale ma non ripetibile, né suscettibile di spiegazione scientifica), i criteri di accertamento sono diversi (massime di esperienza e non leggi scientifiche), la certezza sostanziale è di natura diversa (normo-valutativa e logico-argomentativa, anziché certezza scientifica: le massime di esperienza non esprimono una regolarità assoluta di concatenazione tra fenomeni umani, ma consentono di effettuare previsioni in relazione a ciò che normalmente accade<sup>141</sup>. "Mentre nel campo della causalità naturalistica il modello nomologico-deduttivo fondato sulle leggi scientifiche è in grado di soddisfare a pieno le istanze di garanzia, nei settori eziologici strutturalmente incompatibili rischia di costituire uno strumento addirittura elusivo della prova dell'esistenza del legame effettivo. Piuttosto, il pieno rispetto delle istanze espresse dai principi di legalità e personalità della responsabilità penale può essere assicurato solamente da un approccio al problema delle relazioni eziologiche differenziato che punti alla costruzione di modelli di accertamento differenziati coerenti con la struttura delle relazioni eziologiche da accertare"<sup>142</sup>. Tali modelli devono inoltre essere tali da assicurare il tipo di certezza necessario in quel determinato ambito: "per un verso, il divorzio dalle leggi scientifiche e dal paradigma nomologico-deduttivo costituisce un epilogo obbligato dalla particolare struttura della causalità psichica, per un altro verso, il modello differenziato di causalità psichica (ex ante ed ex post) fondato su massime di comune esperienza, oltre che coerente con le peculiarità strutturali della c.d. causalità psichica, potrebbe risultare anche adatto a soddisfare le istanze legalitarie e di personalità della responsabilità nell'incerto quanto affascinante settore delle interazioni psichiche"<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> H.L.A. HART-T. HONORÉ, *Causation in the law*, cit., pp. 51 ss.

<sup>142</sup> F. CINGARI, *La causalità psichica in ambito monosoggettivo*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. De Francesco-C. Piemontese-E. Venafrò, cit., p. 250.

<sup>143</sup> *Ivi*, pp. 250-251.

Come si evince, anche la causalità psichica è un terreno dove le dinamiche relazionali costituiscono l'essenza stessa del tema, nonché un proficuo "banco di prova" delle applicazioni del paradigma condizionalistico; quest'ultimo, ancora una volta, dimostra la sua validità, a dispetto di alternative, quali la costruzione di un paradigma che valuta l'idoneità della condotta *ex ante*, prospettive di individualizzazione basate sul caso concreto o la proposta *de jure condendo* di tipizzare delle singole forme di influenze causali. Nessuna di queste soluzioni, infatti, può evitare all'interprete il difficile compito di ricostruire l'influenza in termini eziologici del comportamento di A sulla condotta di B e, d'altra parte, alcune difficoltà legate al campo della causalità psichica (quali la necessità di affidarsi alle massime di esperienza) sono ineliminabili. Conviene, dunque, anche in questo caso, fare ricorso al paradigma condizionalistico: nonostante l'accertamento di questa particolare forma di causalità "relazionale" sia sempre – almeno in una certa misura – indiziario, e si scontri con le difficoltà di indagare i fatti psichici, ciò non preclude la sua utilizzabilità. Pertanto, in termini generali, è possibile affermare – a certe condizioni – che il comportamento di B o di V sia causato da A anche in presenza di un'influenza a livello psichico.

### **3. Le note relazionali del fatto tipico nelle fattispecie omissive**

Prendiamo ora in considerazione tutte le ipotesi in cui il soggetto A realizzi una condotta omissiva, mentre il successivo intervento di B o di V potrà avere valore di azione o di omissione, e potrà essere doloso o colposo, secondo la griglia che è stata presentata nel primo capitolo. Anche in questi casi andremo in cerca delle note di relazionalità attinenti al fatto tipico; come anticipato, a differenza di quanto accade per i reati attivi, in cui il legame con la condotta di un altro soggetto si esprime principalmente nella prospettiva causale, per i reati omissivi aspetti relazionali sono rinvenibili anche in altri ambiti del fatto tipico. Un esempio ci può aiutare ad evidenziare le numerose sfaccettature relazionali della condotta omissiva che si interseca

con il comportamento di un altro soggetto. In una raffineria industriale un operaio appicca dolosamente un incendio che si propaga velocemente coinvolgendo diverse linee produttive; l'intervento delle squadre antincendio e dei vigili del fuoco è reso più complesso da un sistema di idranti e estintori non adeguato alle necessità dei nuovi impianti recentemente ingranditi. Inoltre, a seguito dell'incendio, alcune valvole su cui erano da tempo stati rimandati dei necessari interventi di manutenzione saltano, e una gran quantità di greggio fuoriesce riversandosi nei tombini, e viene infine scaricata in un fiume.

Di fronte al disastro ambientale che ne consegue, e alle ustioni riportate da diversi operai, potrà essere rimproverato a questi ultimi di non aver seguito le norme di precauzione contro gli incendi, ai vertici aziendali di non aver programmato un adeguamento dei sistemi di sicurezza quando è stata decisa la costruzione di nuove linee produttive, e al responsabile della sicurezza di non aver vigilato? Si potrebbe chiamare a rispondere anche il proprietario del complesso industriale, dal momento che “non poteva non sapere”, o altri vertici, poiché “in passato si erano manifestati tutti gli indizi di un'imminente tragedia”? E potrebbero essere coinvolti nell'indagine anche gli enti pubblici di controllo, come l'Agenzia Regionale per l'Ambiente, che avevano il compito di sorvegliare l'integrità e l'adeguatezza degli impianti a tutela della salute dei lavoratori e della salvaguardia dell'ambiente?

Se trasponiamo le domande di questa ricostruzione giornalistica al piano tecnico del diritto penale, possiamo osservare quanto segue: innanzitutto, le soluzioni alle precedenti domande dipendono – prima ancora che dall'accertamento della colpevolezza – dalla ricostruzione degli obblighi gravanti sui singoli soggetti, che potrebbero richiedere un semplice attivarsi nella situazione di pericolo, un'azione di controllo e sorveglianza, ovvero l'effettivo impedimento del risultato pregiudizievole che avrebbe dovuto essere scongiurato; inoltre, quando il danno o il pericolo non sono causati da un fattore naturale, ma dall'azione umana, questi obblighi sono formulati in modo da non poter prescindere da un riferimento alla condotta altrui: la legge impone infatti di intervenire quando altri creano un pericolo o un danno o vi è il rischio che lo creino.



Ci accorgiamo dunque che, nell'ambito della tipicità, le note di relazionalità non sono limitate al piano causale, ma contribuiscono a definire *cosa significhi omettere*, cioè cosa significhi non diminuire un fattore di rischio introdotto da un altro soggetto (B o V). Le diverse sfaccettature della responsabilità omissiva colposa trovano però il loro precipitato in istituti giuridici assai differenti tra loro: l'obbligo di impedire un evento non è infatti assimilabile all'obbligo di attivarsi per segnalare il rischio della verifica di un evento lesivo, all'obbligo di sorvegliare i propri collaboratori a cui delegare certe mansioni, al dovere di segnalare ad un superiore l'errore compiuto da un collega, etc. Non tutti i soggetti coinvolti rivestono la medesima funzione, sono gravati dagli stessi compiti, né rispondono per le medesime omissioni. L'esigenza insopprimibile che si presenta è dunque quella di ricostruire con attenzione le note relazionali del fatto tipico, distinguendo tra le due fondamentali tipologie di fattispecie omissive.

### ***3.1. Le differenze in termini di “relazionalità” tra fattispecie omissive proprie e improprie***

La distinzione tra i reati omissivi propri e impropri<sup>144</sup>, è particolarmente risalente. Secondo i primi autori che la teorizzarono, è diversa la *tipologia della norma violata*: per i reati omissivi propri viene disattesa una norma di comando, che richiede il compimento di un'azione; per gli impropri una norma di divieto, cioè il divieto di causare l'evento;

---

<sup>144</sup> Per completezza, segnaliamo che secondo alcune risalenti e minoritarie ricostruzioni (F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. penale*, 1934, n. 1, pp. 46 ss.) esisterebbe anche la categoria dei reati “di omissione di evento”, in cui viene imputato non il mancato compimento di un'azione, bensì “la mancanza di una modificazione del mondo esterno”, attraverso la violazione di un comando di evento, quindi di un precetto normativo che impone di realizzare un evento.

Un'altra posizione minoritaria (M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 149 ss.) negava addirittura ogni distinzione tra reati omissivi propri e impropri poiché in ogni fattispecie sarebbe possibile rinvenire un evento in senso naturalistico: alcune sarebbero legate alla violazione di un obbligo giuridico penale (quelle previste esplicitamente come ipotesi omissive nella parte speciale), altre alla violazione di un obbligo extrapenale (quelle ricavate attraverso la clausola di cui all'art. 40, comma 2 c.p.).

questi ultimi sarebbero pertanto privi di un'autonomia concettuale, null'altro che una forma di manifestazione di fattispecie commissive, tanto da essere denominati "reati commissivi mediante omissione"<sup>145</sup>. Tra le critiche mosse a questa teoria, quella più convincente riguarda l'oggetto dei precetti: se i divieti esigono che l'agente si astenga, e dunque esigono l'omissione, i comandi invece impongono un'azione. Se però nel reato omissivo improprio il fatto penalmente rilevante è il non aver impedito un evento, ciò significa che anche per questa categoria è stato violato un precetto di agire, dunque un comando, come pure avviene nei reati omissivi propri<sup>146</sup>. Ma anche nella prospettiva da noi adottata, per cui azione e omissione vengono distinte non in base alla formulazione del precetto, ma all'aumento o alla diminuzione del rischio, questo criterio non convince perché sembra illogico avvicinare la situazione di un soggetto su cui (a norma dell'art. 40, comma 2 c.p.) grava un obbligo giuridico di impedire al divieto di causare: il criterio di distinzione non deve essere influenzato dall'equivalenza tra agire e omettere per questa tipologia di reati, che è un elemento della causalità, e quindi logicamente posteriore, in un'analisi logico-sistematica, all'individuazione della tipologia di condotta.

Oggi, la distinzione tra reati omissivi propri e impropri è operata sulla base di due criteri alternativi<sup>147</sup>. Il primo, più tradizionale, ruota intorno alla *struttura della fattispecie*, in particolare alla *previsione di un evento*. Come noto, i reati omissivi propri non prevedono

---

<sup>145</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 129-130. Il primo studioso a distinguere le due famiglie di reati omissivi è stato un tedesco (H. LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht*, 2. Band, *Über den Thatbestand des Verbrechens*, Göttingen, 1840, pp. 219-220), mentre tra gli italiani vanno ricordati O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, Athenaeum, 1916, pp. 48 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, a cura di P. Nuvolone-G.D. Pisapia, V ed., Torino, Utet, 1981, vol. I, pp. 690 ss.

<sup>146</sup> Per i numerosi autori tedeschi che hanno posto questa convincente obiezione, cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 5.

<sup>147</sup> Anche qui segnaliamo alcune posizioni minoritarie: R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Berlin, 1972, pp. 21 ss. e I. CARACCIOLI, *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 10, sostennero che i reati omissivi propri siano le fattispecie che possono essere realizzate esclusivamente attraverso un'omissione mentre gli impropri possono essere commessi anche attraverso un comportamento commissivo; si trattava, evidentemente, di una discutibile distinzione, poiché lo stesso reato di omesso impedimento esplicitamente tipizzato potrebbe essere considerato proprio o improprio indipendentemente dalle sue caratteristiche strutturali, ma solo a seconda che esista la corrispondente fattispecie commissiva.

un evento, e corrispondono alle ipotesi commissive di mera condotta; in essi, la norma incriminatrice descrive esclusivamente l'azione doverosa (omessa dal soggetto) e la situazione tipica che comporta l'attivazione in concreto del dovere, presupponendo naturalmente il potere materiale di compiere tale azione, nonché la concreta offesa al bene giuridico, e prevede infine una pena per il soggetto che omette. Gli esempi classici sono quelli dell'art. 593 c.p. (omissione di soccorso), dell'art. 361, comma 10 c.p. (omessa denuncia da parte di un pubblico ufficiale), dall'art. 328, comma 2 c.p. (omissione di atti d'ufficio), oltre a numerose altre ipotesi previste dalla legislazione speciale, tra le quali ricordiamo, in ambito tributario, gli artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (omesso versamento delle ritenute dovute o certificate e dell'IVA). Al contrario, i reati omissivi impropri sanzionano l'inadempimento del dovere di impedire un evento tipico (quasi sempre descritto in una fattispecie commissiva); pertanto, l'evento è un fattore imprescindibile di queste fattispecie omissive, e viene imputato a carico del soggetto agente<sup>148</sup>.

La più recente prospettazione, invece, individua l'elemento discreitivo nella c.d. *tecnica di tipizzazione*: mentre i reati omissivi propri trovano un'espressa previsione legislativa nella parte speciale, quelli impropri non sono contemplati come fattispecie autonome, ma sono altresì ricavati dalle corrispondenti fattispecie commissive e dalla c.d. "clausola di equivalenza" di cui all'art. 40, comma 2 c.p. Questi ultimi presentano delle caratteristiche particolari, e pongono alcuni problemi di compatibilità con il principio di legalità, poiché in tal modo i soggetti agenti non sono individuati dalla norma penale, e neppure la condotta omissiva è descritta in modo autonomo, ma dipende da un'altra norma. L'altra categoria (reati omissivi propri) comprende invece tutti i reati in cui la fattispecie è sufficientemente descritta da una disposizione penalistica, indifferentemente con o senza la previsione di un evento: rientra infatti in questa sezione anche quel piccolo gruppo di casi in cui è la stessa disposizione codicistica

---

<sup>148</sup> Per tutti, ricordiamo due autori tedeschi che hanno adottato questo criterio: H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, III ed., Berlin, 1978, pp. 491 ss.; H.J. RUDOLPHI, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di H.J. Rudolphi-F. Horn-E. Samson-H.L. Schreiber, vol. I, *Allgemeiner Teil*, II ed., Frankfurt a.M., 1977, pp. 75-76.

a prevedere esplicitamente l'evento il cui mancato impedimento viene imputato all'agente (es: art. 659 c.p., mancato impedimento di strepiti di animali). Di conseguenza, le coppie concettuali "reati omissivi propri / impropri" e "reati di pura omissione / reati di omesso impedimento di un evento" non sono più tra loro corrispondenti<sup>149</sup>.

Tra i criteri che abbiamo esposto, quello che si fonda sulla tecnica di tipizzazione ci pare il più funzionale al prosieguo della nostra analisi: come ci accingiamo a dimostrare, le note relazionali si sviluppano in modo diverso proprio a seconda che il legislatore utilizzi o meno una clausola di equivalenza (*in primis*, la clausola di cui all'art. 40, ma in alcune ipotesi particolari anche la clausola di cui agli artt. 57 e 57 bis c.p.), in combinato disposto con le singole fattispecie di parte speciale, formulate quali reati attivi. Esaminiamo prima il caso dei reati omissivi propri, definiti come i reati per i quali non si fa ricorso ad una clausola di equivalenza.

(i) Il primo ambito dove si potrebbe manifestare una nota di relazionalità riguarda l'individuazione dei soggetti attivi; nei reati propri, tuttavia, la disposizione normativa li individua autonomamente, stabilendo che sono gravati da un obbligo: i reati omissivi propri possono essere reati propri (es: artt. 328, omissione di atti d'ufficio; 361, omessa denuncia di reato da parte di pubblico ufficiale; 731 c.p., inosservanza dell'obbligo d'istruzione elementare dei minori) o reati comuni, ipotesi in cui l'obbligo grava su tutti i cittadini (es: art. 593 c.p., omissione di soccorso; 698 c.p., omessa consegna di armi), e tra questi troviamo anche rare ipotesi in cui su tutti i consociati grava un obbligo di

---

<sup>149</sup> Il primo a formulare questo criterio fu A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., pp. 239 ss., seguito poi da altri autori tedeschi, per i quali cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., pp. 6 ss. Peraltro, va precisato che all'epoca della prima teorizzazione d'oltralpe, il codice penale tedesco non comprendeva ancora il § 13 StGB, che svolge una funzione simile al nostro art. 40, comma 2 c.p., e pertanto la distinzione appariva agli autori tedeschi assai netta, tra reati regolati positivamente (omissivi propri) e altri non regolati positivamente (omissivi impropri). Oggi invece, tanto in Italia quanto in Germania, l'elemento di differenziazione è fare o meno ricorso alla clausola di equivalenza. Per la dottrina italiana, cfr. G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Foro it.*, 1983, n. 2, pp. 12 e spec. nota 18; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 389 ss.

impedire il reato altrui: l'art. 484 c.p., che punisce chi scrive o *lascia scrivere* false indicazioni in registri e notificazioni, l'art. 485 c.p. (trasformato però in illecito civile dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7), che puniva chi faceva uso o *lasciava che altri facesse uso* di una scrittura privata falsa, o l'art. 486 (anch'esso trasformato in illecito civile dal citato d.lgs. n. 7/2016), che puniva la medesima condotta per la scrittura privata.

(ii) Il secondo campo di potenziale relazionalità della condotta concerne l'individuazione del contenuto dell'obbligo: negli obblighi di attivarsi e di segnalare un rischio, senza però impedire il risultato pregiudizievole, vi è sì un nesso tra il comportamento di chi causa un pericolo (il soggetto B) e l'azione doverosa omessa di A, ma esclusivamente in quanto la prima è la concretizzazione dell'occasione che fa scattare l'obbligo. Per esempio, a fronte della commissione di un reato da parte di B, il pubblico ufficiale A può essere imputato per omessa denuncia ai sensi dell'art. 361 c.p. In questo caso la struttura del precetto gravante su A comprende, per così dire, una *nota di relazionalità debole*: il comportamento altrui rileva quale elemento (in questo caso, elemento normativo) che contribuisce a costituire la situazione tipica a fronte della quale scatta il precetto di agire.

(iii) I reati omissivi propri sono nella grande maggioranza reati di mera condotta, pertanto non vi è un nesso di causalità tra l'omissione di A e un evento, che potrebbe essere interrotto dall'inserimento di un'azione o un'omissione altrui. Al più, una *debole* relazionalità potrebbe manifestarsi se un altro soggetto (B o V) intervenisse modificando l'esito complessivo della vicenda (ad es., A realizza un'omissione di atti d'ufficio, e B, suo collega, aggrava il risultato complessivo della vicenda con un'ulteriore omissione). Anche nelle rare ipotesi di reati omissivi propri di evento (es: art. 659 c.p., omesso impedimento di schiamazzi di animali) l'affiancamento della condotta di un altro soggetto non modifica la struttura del nesso eziologico, né l'evento che A è tenuto ad impedire consiste nel reato di un terzo.

(iv) L'ultimo potenziale ambito relazionale riguarda la pena per il soggetto che omette: tuttavia, anche nei reati omissivi propri d'evento (art. 659 c.p.), essa è prevista dalla fattispecie penale in modo autonomo e senza implicare un riferimento ad altra norma.

Riassumendo, nei reati omissivi propri vi sarà: (i) nessuna relazionalità nell'individuazione dei soggetti attivi; (ii) una relazionalità debole nel contenuto del precetto, dal momento che il comportamento altrui è mera occasione per attualizzare in concreto l'obbligo di intervenire o impedire; (iii) una relazionalità debole in ambito causale, che riguarda il legame tra la condotta di A e il risultato complessivo della vicenda criminosa in cui si inserisce B o V, restando fisso, per i rari casi di reati omissivi propri di evento, lo schema che impone di verificare il nesso tra l'omissione e la modificazione della realtà materiale o giuridica; (iv) nessuna relazionalità nella determinazione della pena.

Del tutto diversa l'analisi delle note di relazionalità nel reato omissivo improprio, che secondo la casistica che adottiamo è – essenzialmente – quello costruito con il combinato disposto della norma di parte generale dell'art. 40, comma 2 c.p. (“*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*”) e delle singole fattispecie commissive previste dalla parte speciale. La legge pone un'equivalenza tra l'omesso impedimento di un evento e la sua diretta causazione con un comportamento attivo, a condizione che il soggetto che non l'ha impedito abbia obbligo giuridico di evitarlo e che la sua omissione possa essere considerata *condicio sine qua non* della lesione o della messa in pericolo del bene giuridico, che ben può essere provocata, almeno in parte, da una condotta umana. In tutte queste ipotesi, alla responsabilità per la causazione diretta dell'evento lesivo (da parte di B), viene affiancata, attraverso l'equiparazione normativa tra agire e omettere, una forma diversa di responsabilità a carico di un soggetto terzo, più lontano dalla realizzazione del rischio (A). Anche semplicemente leggendo la disposizione dell'art. 40 c.p., è evidente il carattere particolarmente pregnante della relazionalità che esiste tra la condotta di A e la condotta di B: il rimprovero che viene mosso ad A, infatti, *non è strutturalmente autonomo*, dal momento che il precetto normativo non impone una determinata azione, descrivendola in modo compiuto e correlandovi una pena. Al contrario, la norma contiene il riferimento ad un evento lesivo che B provoca (o contribuisce a provocare), e dunque il comportamento di questi ultimi è un *fattore imprescindibile* per stabilire se l'omissione di

A sia rilevante: senza il riferimento al comportamento di B, cade il riferimento all'evento pregiudizievole, e dunque a ciò che A era chiamato ad impedire.

Riprendiamo gli esempi enunciati nel primo capitolo. Quando un imputato entra in tribunale e spara a diverse persone, la legge equipara, in prima approssimazione, l'azione di chi spara all'omissione della guardia giurata che, pur essendovi tenuta, non ha individuato l'arma (caso II); naturalmente, ben diversi sono gli elementi soggettivi (B agisce dolosamente, A omette colposamente), e nella commisurazione della pena il giudice dovrà tenere conto delle diverse modalità della condotta e dei gradi di colpevolezza, ma si tratta di valutazioni ulteriori, che concernono altri elementi del reato, diversi dalla definizione della condotta tipica<sup>150</sup> (l'equivalenza causale non significa equiparazione dell'elemento soggettivo, né del trattamento sanzionatorio finale). L'omissione di A può anche collegarsi ad una condotta non dolosa di B, come nel caso del responsabile della qualità dell'azienda che produce latte il quale non si accorge dell'errore materiale involontario commesso dal responsabile del dipartimento chimico nell'indicare la quantità di una sostanza necessaria per la preparazione del prodotto, che risulta così tossico (caso IV); ai fini della perimetrazione della responsabilità di A, non è rilevante l'elemento soggettivo di colui che direttamente compie l'azione, poiché l'estensione della responsabilità al terzo si fonda sull'elemento causale in relazione ad un evento, cioè alla lesione del bene giuridico, senza una diversa coloritura a seconda che il comportamento umano che la provoca sia doloso o colposo. Inoltre, è possibile rimproverare ad A il mancato impedimento di un evento, anche quando anch'esso sia causato da un'omissione di B, tanto dolosa (caso VI: A è l'operatore dei servizi sociali che non interviene sottovalutando la probabilità che B, padre incline all'alcolismo neghi al figlio le urgenti cure contro una patologia tumorale), quanto colposa (caso VIII: B durante una esercitazione pratica di scuola guida si distrae e non frena in tempo, e neppure l'istruttore A riesce ad intervenire con i pedali secondari, contribuendo così ad investire un pedone).

---

<sup>150</sup> Almeno adottando la teoria tripartita del reato o, come riteniamo più corretto e funzionale ad un'attenta analisi dell'interazioni tra soggetti, quella quadripartita. Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 205.

Come abbiamo visto, un analogo ventaglio di possibilità si presenta laddove un soggetto tenga un comportamento autolesivo, e dunque necessariamente privo di rilievo penalistico. In tali casi, la struttura della responsabilità di A non è legata all'impedimento di un evento-reato, ma semplicemente di un evento, senza che abbia rilievo il fatto che lo stesso non è (esclusivamente) provocato da un fattore naturale, ma anche (e magari in maniera essenziale) da una condotta attiva od omissiva dello stesso soggetto che subisce la lesione (V). Non siamo dunque in presenza di una duplicazione della responsabilità, ma esclusivamente di un'imputazione a carico di chi doveva impedire l'(auto)lesione del bene giuridico. Così, lo psichiatra di un carcere che rimandi imprudentemente un colloquio con un detenuto che mostra segni di squilibrio viene imputato dalla legge per il suicidio di questi come se l'avesse direttamente ucciso (pur, ovviamente, a titolo di colpa: caso X); il padre che non controlli adeguatamente il figlio che si ferisce su uno scivolo acquatico deve rispondere delle lesioni da questo subite (caso XII). Lo stesso avviene se la vittima mette in atto comportamenti omissivi: la madre che non porta la figlia in ospedale quando questa si rifiuta sistematicamente di mangiare fino a sentirsi male viene imputata per le lesioni o addirittura la morte di questa (caso XIV), e analogamente è responsabile il medico di guardia che non riconosce i sintomi di un infarto, suggerendo alla vittima di non recarsi in ospedale ma solo di assumere una pastiglia per il mal di stomaco (XVI).

Con il conforto degli esempi che abbiamo ora richiamato, possiamo affermare che la forza e la relazionalità del legame tra la condotta di A e quella di B o V nel reato omissivo improprio si esprimono in modo forte in tutte e quattro le direzioni che abbiamo precedentemente esaminato per i reati omissivi propri.

(i) In primo luogo, per ciò che concerne la *selezione dei soggetti attivi*: il precetto, infatti, non grava su "chiunque", sulla generalità dei consociati. Tuttavia, a differenza che in tutti gli altri reati propri (intesi come l'opposto di reati comuni), i soggetti agenti non sono individuati dalla norma penale, ma sono coloro che risultano titolari di un obbligo giuridico di impedimento disciplinato altrove. Oltre al rinvio ad una norma esterna, la nota di relazionalità si esprime nel fatto che quella norma detta (anche) un obbligo giuridico di impedire il reato altrui o comunque un evento pregiudizievole che un altro soggetto contribuisce a provocare; in altre parole, la commissione di un reato



o, più in generale, la realizzazione di una lesione ad un bene giuridico da parte di un altro soggetto è la ragione per cui viene previsto tale obbligo a carico di alcuni soggetti<sup>151</sup>. Pertanto, la condotta altrui è funzione dell'individuazione dei soggetti garanti.

(ii) Ancora, la relazionalità si esprime in modo *forte* nel *contenuto del precetto* che fonda la riprovevolezza dell'atteggiamento: chi omette è in colpa per non aver previsto ed evitato il reato che altri ha commesso, ha indirettamente provocato o l'atteggiamento autolesivo altrui, e dunque il comportamento di B o V è, ancora una volta, fattore imprescindibile per valutare la rilevanza della condotta di A. E ciò non solo perché il comportamento di B è ciò che in concreto realizza la situazione tipica che attiva l'obbligo di impedimento (cosa che avviene anche nei reati omissivi propri), ma anche perché completa la definizione di contenuto *in astratto* dell'obbligo. Se infatti il precetto è: "impedisci ciò che hai l'obbligo giuridico di impedire" evidentemente non può reggersi autonomamente, senza che altrove sia definito e delimitato l'obbligo e si dica *cosa* debba essere impedito; bisogna quindi ricorrere ad una norma integratrice, quella che fonda l'obbligo, che ne stabilisce il contenuto, cioè impedire i vari reati di B, o i singoli comportamenti autolesivi di V.

(iii) Vi è poi una relazionalità *forte* dal punto di vista del *legame eziologico*: non solo dev'essere accertato il nesso causale tra l'omissione di A e il mancato impedimento del reato di B o del comportamento di V, e non solo si presentano i potenziali problemi di interferenza tra l'omissione causale di più garanti; soprattutto, è l'omissione stessa di ogni garante ad essere posta in relazione alla corrispondente fattispecie commissiva. L'art. 40, comma 2, infatti, è una clausola di equivalenza che si fonda innanzitutto sulla *equiparazione tra agire e omettere* in termini eziologici, che produce una duplicazione esatta della responsabilità, con l'equivalenza delle due impronte causali, quella attiva di chi direttamente provoca la lesione e quella omissiva di chi non impedisce. Potremmo quindi parafrasare il precetto che scaturisce dal reato omissivo improprio nei seguenti termini "ti è stato dato l'obbligo giuridico di impedire il reato altrui; se non adempi,

---

<sup>151</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 210. Vedi anche P. VENEZIANI, *La responsabilità penale per omesso impedimento di infortuni sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1143.

sarai ritenuto responsabile *proprio come se tu stesso avessi commesso il reato*<sup>152</sup>. Tale connessione è assai più pregnante di quella riscontrata nei reati omissivi propri, perché comporta, quasi attraverso una *fictio iuris*, l'equivalenza ai fini della norma penale tra agire e omettere.

(iv) Un ulteriore elemento di relazionalità si esprime nella *cornice edittale*: l'art. 40, comma 2 prevede la medesima cornice sia per chi causa direttamente sia per chi omette di impedire l'evento pregiudizievole, poiché il giudice anche per quest'ultimo deve riferirsi alla stessa norma di parte speciale, senza una prefissata diminuzione di pena a beneficio del terzo rispetto a quanto posto a carico dell'autore diretto. Sono fatte salve, naturalmente, le commisurazioni del giudice in base alla rilevanza dei singoli apporti in concreto, ma ciò che preme sottolineare, e che evidenzia il carattere *forte* della nota relazionale, è che i due apporti causali (realizzare direttamente la lesione al bene protetto e non impedirla) sono astrattamente del tutto equivalenti nella dinamica complessiva della realizzazione del reato.

Ecco allora che nei soli reati omissivi impropri, intesi come le fattispecie risultanti dall'operatività della clausola di cui all'art. 40, comma 2 c.p., tutte e quattro le note di relazionalità sono *forti*: (i) la selezione dei soggetti sui cui grava l'obbligo di impedire dipende da un'altra norma, che fonda l'obbligo giuridico; (ii) il contenuto del precetto è dipendente dall'obbligo di impedimento; (iii) sul piano eziologico vi è un'equivalenza normativa tra l'omettere e il realizzare il reato; (iv) la cornice edittale è la stessa della corrispondente fattispecie commissiva<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Cfr. sul punto, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 164; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento*, cit., p. 114.

<sup>153</sup> Non riteniamo convincente, invece, quella interpretazione che distingue, *all'interno* dei reati omissivi impropri, due sottocategorie, a seconda che la tipizzazione derivi dal combinato disposto di una norma di parte generale (l'art. 40, comma 2 c.p.) e di singole norme incriminatrici di parte speciale, ovvero che tragga origine direttamente da quelle norme di parte speciale che stabiliscono per l'agente l'obbligo di attivarsi affinché sia impedito un evento; esempio di questo secondo sottogruppo sarebbe l'art. 437, comma 2 c.p., che punisce "chiunque omette di collocare impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, ovvero li rimuove o li danneggia [...] se dal fatto deriva un disastro o un infortunio". Questa pare essere la posizione di I. CARACCIOLI, voce *Condotta*, cit., p. 3). Secondo la logica da noi adottata, questo secondo gruppo

Gli artt. 57<sup>154</sup> e 57 bis<sup>155</sup> c.p. esprimono poi una clausola di equivalenza particolare, che si presenta come una *lex specialis* rispetto al più utilizzato art. 40, comma 2. Un rapido esame delle note relazionali lo conferma. (i) È vero che il soggetto agente è individuato dalle stesse norme di parte generale, che nominano esplicitamente il direttore, il vicedirettore, l'editore e lo stampatore; tuttavia, la selezione di questi soggetti è operata proprio in virtù della particolare relazione professionale che li lega agli autori degli articoli a mezzo dei quali viene commesso un reato. (ii) Il contenuto dell'obbligo che grava sul direttore e sugli altri agenti a lui equiparati è quello di controllo della pubblicazione al fine di impedire i reati, dunque è disegnato con una struttura intrinsecamente relazionale che, anziché riferirsi ad ogni possibile reato altrui od evento pregiudizievole, è ristretta ai reati che possono essere commessi a mezzo della stampa. (iii) Anche per questa clausola è presente la relazionalità causale, poiché il comportamento omissivo del direttore o di un altro soggetto assume rilevanza penale in quanto equivale alla causazione – sia pur indiretta – del reato dell'autore dell'articolo. (iv) La cornice edittale è individuata a partire da quella prevista per questi reati, con la particolarità che viene prevista una diminuzione di pena per il direttore e i soggetti a lui assimilati, in considerazione del loro coinvolgimento indiretto nella dinamica criminosa.

---

di norme è da ricondurre, semplicemente, ai reati omissivi propri di evento o – *rectius* – aggravati dall'evento: la norma, infatti, individua il soggetto attivo (chiunque), la condotta (omette di collocare), l'evento ulteriore (disastro o infortunio) e la cornice edittale (da tre a dieci anni) in modo autonomo.

<sup>154</sup> Art. 57 – Reati commessi col mezzo della stampa periodica.

“Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo”.

<sup>155</sup> Art. 57 bis – Reati commessi col mezzo della stampa non periodica.

“Nel caso di stampa non periodica, le disposizioni di cui al precedente articolo si applicano all'editore, se l'autore della pubblicazione è ignoto o non imputabile, ovvero allo stampatore, se l'editore non è indicato o non è imputabile”.

Le due diverse categorie (reati omissivi propri e impropri) riflettono tipologie ben distinte non soltanto a livello di tecnica normativa e di implicazioni in punto di relazionalità delle condotte, ma anche di scelte politico-criminali. Il legislatore può infatti scegliere se utilizzare lo strumento dell'obbligo di impedire il reato altrui (o l'azione eterolesiva o autolesiva altrui), o altri affini come il dovere di segnalazione o di controllo. Tale determinazione non è affatto irrilevante, e anzi può sottintendere (o, almeno, dovrebbe rispondere ad) un preciso disegno legislativo; di conseguenza, compito dell'interprete è decifrare con attenzione questa varietà. In questo modo si potrà evitare quella sorta di errore prospettico per cui, assai frequentemente, le molteplici conseguenze negative della condotta di un soggetto vengono imputate anche ad un terzo *tout court*, senza verificare se effettivamente quell'imputazione, magari reclamata dalla coscienza sociale che vorrebbe individuare più di un responsabile, sia giustificabile alla luce del diritto penale e, più in particolare, delle norme che definiscono la posizione giuridica di quel terzo.

Per completezza, dobbiamo segnalare altre due norme, una dell'ordinamento militare italiano, assimilabile ai reati omissivi impropri, e l'altra dello Statuto della Corte Penale Internazionale, che presenta notevoli ostacoli in punto di classificazione.

L'art. 138 del codice penale militare di pace così dispone: "Omesso impedimento di reati militari. - Ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'articolo 40 del codice penale, il militare, che, per timore di un pericolo o altro inescusabile motivo, non usa ogni mezzo possibile per impedire la esecuzione di alcuno dei reati contro la fedeltà o la difesa militare, o di rivolta o di ammutinamento, che si commette in sua presenza, è punito:

con la reclusione non inferiore a dieci anni, se per il reato è stabilita la pena di morte<sup>156</sup> con degradazione o quella dell'ergastolo;

---

<sup>156</sup> Pena già soppressa "per i delitti preveduti nel codice penale" (d.lgs. 10 agosto 1944, n. 224), "per i delitti previsti dalle leggi speciali, diverse da quelle militari di guerra" (d.lgs. 22 gennaio 1948, n. 21) e, infine, abolita, anche per i delitti previsti dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra e sostituita dalla pena massima prevista dal codice penale (l. 13 ottobre 1994, n. 589).

negli altri casi, con la pena stabilita per il reato, diminuita dalla metà a due terzi.

Se il colpevole è il più elevato in grado, o, a parità di grado, superiore in comando o più anziano, si applica la pena stabilita per il reato. Nondimeno, il giudice può diminuire la pena.

Agli effetti delle disposizioni dei commi precedenti, per la determinazione della pena stabilita per i reati in essi indicati, non si ha riguardo a quella che la legge stabilisce per i capi, promotori od organizzatori del reato o per coloro che ne hanno diretto la esecuzione”.

La disposizione è considerata un reato omissivo proprio da quella dottrina che sottolinea la presenza della clausola di sussidiarietà, la quale esclude l’operatività della norma laddove il militare che omette sia un concorrente omissivo nei reati che egli è tenuto ad impedire<sup>157</sup>. Tuttavia, in base alla classificazione da noi adottata, possiamo definirla una forma particolare di reato omissivo improprio, come dimostra l’esame delle note relazionali. (i) La norma identifica i soggetti agenti, cioè tutti i militari, ma tale scelta è giustificata in quanto ogni militare “deve opporsi con decisione ad ogni atto che possa, anche indirettamente, determinare pericolo o arrecare danno alle armi, ai mezzi, ai materiali e alle installazioni” (art. 20 dell’attuale Regolamento di disciplina militare)<sup>158</sup>; per i superiori è poi comminata una pena più severa in quanto violano lo specifico obbligo di sorveglianza dei sottoposti. (ii) Il contenuto dell’obbligo di impedimento è tipizzato in modo analogo agli art. 57 e 57 bis c.p.: ciò che va impedito, pertanto, è il reato altrui, con la limitazione alle fattispecie contro la fedeltà o la difesa

---

<sup>157</sup> M. NICOLOSI, voce *Omesso impedimento di reati militari*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, Utet, 1994, vol. VIII, pp. 488 ss.; G. ROSIN, *Obblighi di impedire reati, obblighi di impedire l’evento, obblighi di impedire fatti rivolti contro l’ordine pubblico militare*, in *Rass. giust. mil.*, 1983, pp. 48 ss.

<sup>158</sup> D.P.R. 18 luglio 1986, n. 545. Di conseguenza, non grava più sui militari quel generico obbligo di “cercare con tutte le [loro] forze, in caso di reato flagrante, di impedirlo e di fermare il colpevole” che era contenuto nel previgente Regolamento di disciplina militare (d.P.R. 31 ottobre 1964, art. 23, n. 3), ed era stato aspramente criticato dalla dottrina per la sua inapplicabilità oltre che per la sovrapposizione indebita con la disposizione di cui all’art. 40, comma 2 c.p. Cfr. G. ROSIN, *Obblighi di impedire reati*, cit., pp. 31 ss.; D. BRUNELLI-G. MAZZI, *Diritto penale militare*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2007, pp. 292 ss.; R. VENDITTI, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 92.

militare (artt. da 77 a 102 c.p.m.p.; da 48 a 93 c.p.m.g.), di rivolta (art. 174 c.p.m.p.; art. 202 c.p.m.g.), o di ammutinamento (art. 175 c.p.m.p.; art. 203 c.p.m.g.). (iii) Non è esplicitata un'equivalenza causale, ma è ovvio che l'omissione assume rilevanza in quanto si traduce nella partecipazione indiretta alla realizzazione del reato altrui. (iv) La cornice edittale è identificata *de relato* rispetto a quelle delle singole fattispecie militari, con una comminazione più severa per i superiori.

Si tratta, inoltre, di un obbligo particolare perché limitato sotto altri punti di vista: esso concerne i soli reati commessi alla presenza del militare<sup>159</sup> e il mancato impedimento non comporta una conseguente responsabilità in ogni caso, ma soltanto se l'omissione è stata dettata dal timore di un pericolo o di un altro inescusabile motivo. Ciò che il militare è tenuto a fare per impedire la commissione di uno dei citati reati non comprende, secondo i commentatori, l'arresto del colpevole né l'eliminazione delle conseguenze del reato<sup>160</sup>, ma le singole modalità di impedimento non sono specificate dalla norma<sup>161</sup>. Peraltro, secondo la dottrina prevalente il riferimento al timore di un pericolo limiterebbe l'applicabilità di questa norma alle sole ipotesi dolose<sup>162</sup>, mentre altri autori sostengono l'estensione a quelle colpose proprio in virtù della specificazione "altro biasimevole motivo"<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> D. BRUNELLI-G. MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., pp. 292 ss.; R. VENDITTI, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, cit., p. 92, che parla di "fisica contiguità".

<sup>160</sup> V. VEUTRO, *Diritto penale militare*, in *Manuale di diritto e di procedura penale militare*, a cura di G. Landi-V. Veutro-P. Stellacci-P. Verri, Milano, Giuffrè, 1976, p. 353.

<sup>161</sup> La formula "ogni mezzo possibile", secondo alcuni autori indicherebbe la possibilità per il militare che voglia impedire la realizzazione di uno dei fatti in oggetto di compiere a sua volta fatti di reato, che saranno poi scriminati in virtù delle cause di giustificazione di cui agli artt. 51 c.p. o 44 c.p.m.p. (V. VEUTRO, *Diritto penale militare*, cit., p. 351).

<sup>162</sup> V. VEUTRO, *Diritto penale militare*, cit., p. 354; R. VENDITTI, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, cit., p. 93; M. NICOLSI, voce *Omesso impedimento*, cit., p. 489.

<sup>163</sup> S. MALIZA, voce *Ammutinamento, rivolta e sedizione militare*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. II, p. 287; *contra*, D. BRUNELLI-G. MAZZI, *Diritto penale militare*, pp. 294 ss.

Lo Statuto della Corte Penale Internazionale (c.d. Statuto di Roma)<sup>164</sup> descrive all'art. 28 la responsabilità del comandante militare e di altri superiori gerarchici per i reati commessi dai sottoposti:

“Responsabilità dei capi militari ed altri superiori gerarchici -

Oltre agli altri motivi di responsabilità penale secondo il presente Statuto per reati di competenza della Corte:

1. Un comandante militare o persona facente effettivamente funzione di comandante militare è penalmente responsabile dei crimini di competenza della Corte commessi da forze poste sotto il suo effettivo comando o controllo o sotto la sua effettiva autorità e controllo, a seconda dei casi, quando non abbia esercitato un opportuno controllo su queste forze nei seguenti casi:

a) questo capo militare o persona sapeva o, date le circostanze, avrebbe dovuto sapere che le forze commettevano o stavano per commettere tali crimini; e

b) questo capo militare o persona non ha preso tutte le misure necessarie e ragionevoli in suo potere per impedire o reprimere l'esecuzione o per sottoporre la questione alle autorità competenti a fini d'inchiesta e di azioni giudiziarie.

2. Per quanto concerne le relazioni fra superiore gerarchico e sottoposti non descritte alla lettera a), il superiore gerarchico è penalmente responsabile per i reati di competenza della Corte commessi da sottoposti sotto la sua effettiva autorità o controllo, qualora egli non abbia esercitato un opportuno controllo su tali sottoposti nelle seguenti circostanze:

a) essendo a conoscenza, o trascurando deliberatamente di tenere conto di informazioni che indicavano chiaramente che tali subordinati commettevano o stavano per commettere tali crimini;

b) i crimini erano inerenti ad attività sotto la sua effettiva autorità e responsabilità;

---

<sup>164</sup> Lo Statuto è stato ratificato dall'Italia con l. 12 luglio 1999 n. 232; è seguita, a distanza di anni, un'ulteriore legge di adeguamento circa la cooperazione giudiziaria con la Corte e l'esecuzione dei suoi provvedimenti (l. 20 dicembre 2012, n. 237).

c) non ha preso tutte le misure necessarie e ragionevoli in suo potere per impedirne o reprimerne l'esecuzione o per sottoporre la questione alle autorità competenti ai fini d'inchiesta e di esercizio dell'azione penale"<sup>165</sup>.

Questa norma, che reca, anche considerando singolarmente ogni paragrafo, la più estesa definizione di una singola modalità di responsabilità penale individuale secondo il diritto internazionale<sup>166</sup>, suscita – come facilmente intuibile – innumerevoli

---

<sup>165</sup> Il testo italiano si può reperire online <http://www.cirpac.it/pdf/testi/Statuto%20di%20Roma%20della%20Corte%20Penale%20Internazionale.pdf>. Ecco il testo ufficiale in inglese, disponibile su [https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.pdf](https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf) :

*Article 28 – Responsibility of commanders and other superiors*

*“In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:*

*(a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:*

*(i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and*

*(ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.*

*(b) With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where:*

*(i) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;*

*(ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and*

*(iii) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution”.*

<sup>166</sup> O. TRIFFERER-R. ARNOLD, *Article 28, in Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, a cura di O. Triffterer-K. Ambos, München, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 1059.



problematiche e tocca un aspetto essenziale: qual è la responsabilità dei superiori militari e civili per i gravissimi atti (commessi dai loro subordinati) che rientrano nella competenza della CPI, quali il genocidio, il crimine di aggressione, crimini di guerra, crimini contro l'umanità? Sono evidenti le ricadute giuridiche, politiche e sociali della maggiore o minore estensione di una norma che può riguardare i supremi vertici militari e politici delle nazioni, potenzialmente ancora al potere. La norma è particolarmente interessante, e ambigua, dal punto di vista della tecnica di tipizzazione: l'intera disposizione, infatti, sottende il fatto che l'esistenza di una gerarchia militare (primo paragrafo) – alla quale deve corrispondere un potere fattuale di controllo<sup>167</sup> – comporti l'insorgere del dovere di proteggere i subordinati da un pericolo esterno e il potere di controllare lo sviluppo delle fonti di pericolo salvaguardando i terzi, cioè di preservare i soggetti destinatari di protezione secondo il diritto dei conflitti armati dai reati dei sottoposti<sup>168</sup>. Si noti che la medesima assunzione viene trasferita all'ambito civile e politico (secondo paragrafo), che viene intesa quale struttura gerarchica sulla base di un'analogia con il rapporto tra dipendente e datore di lavoro o con le vicende di altre figure professionali<sup>169</sup>. Pertanto, la norma rinvia ad obblighi le cui fonti non sono sempre cristalline, non descrive direttamente i reati da impedire (che sono però quelli già menzionati su cui la Corte ha giurisdizione) e detta una serie di condizioni, oggettive

---

Si veda inoltre W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 454 ss.

<sup>167</sup> Prosecutor v. Momčilo Perišić, IT-04-81-A, Judgment, Appeals Chamber, 28 febbraio 2013, §§ 75 ss; W.D. BRUNETT, *Criminal Liability for the actions of subordinates – the doctrine of command responsibility and its analogues in United States law*, in *Harvard international Law Journal*, 1997, pp. 272 ss.; Prosecutor v. Aleksovski, IT-94-14/1-T, Judgment, Trial Chamber, 25 giugno 1999, §§ 73 ss.; Prosecutor v. Delalić, 'Čelebići', IT-96-21-T, Judgment, Trial Chamber, 16 novembre 1998, §§ 354 e 647 (tutte le sentenze sono reperibili sul database dell'ICTY: <http://cld.irmct.org/>).

<sup>168</sup> R. ARNOLD, *Command Responsibility: A Case Study of Alleged Violations of the Laws of War at Khiam Detention Centre*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2002, n. 7, p. 207; K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, vol. I, pp. 184.

<sup>169</sup> K. AMBOS, *Superior Responsibility*, in *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, a cura di S. Cassese et al., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 844 ss.; ID., *Treatise on International Criminal Law*, cit., pp. 184, 199.

e soggettive per la responsabilità dei superiori. Nel complesso, è dibattuto tra gli studiosi se si tratti di una previsione incriminatrice autonoma, punibile anche a titolo di colpa, ovvero di una particolare forma di partecipazione indiretta o derivata all'offesa del subordinato (il che richiederebbe che il superiore condivida l'intenzione dolosa della realizzazione del fatto), ovvero ancora di una forma mista, della quale sia possibile far valere l'una o l'altra natura a seconda delle circostanze<sup>170</sup>.

Torniamo però al più familiare diritto nazionale, sul quale ci concentreremo nel corso dell'analisi. Dopo aver illustrato i diversi ambiti in cui si manifesta la relazionalità nelle fattispecie omissive, rivolgiamo la nostra attenzione essenzialmente alle fattispecie omissive improprie, che presentano le note di relazionalità più forti e peculiari.

Tralasciando la quarta nota relazionale (quella concernente la cornice edittale) analizzeremo invece le altre tre, vale a dire la individuazione dei soggetti attivi, del contenuto dell'obbligo di impedimento e l'equivalenza causale; quest'ultima la osserveremo in termini di equiparazione tra l'agire e l'omettere.

Infine, nell'ultima parte del capitolo, ci soffermeremo sui problemi di struttura della causalità omissiva e sulle differenze con quella attiva.

### ***3.2. La relazionalità nel fatto tipico dei reati omissivi impropri: l'individuazione dei soggetti garanti e l'obbligo giuridico di impedire l'evento***

La nostra analisi sul reato omissivo improprio non può che muovere allora dalle prime due note di relazionalità: l'individuazione dei soggetti attivi e il contenuto dell'obbligo di impedimento, attraverso lo studio delle sue fonti, delle sue caratteristiche strutturali e con una sintesi del vivace dibattito dottrinale sul punto, beneficiando inoltre dello sguardo comparatistico con il sistema tedesco.

---

<sup>170</sup> Sia consentito il rinvio a O. TRIFFERER-R. ARNOLD, *Article 28*, cit., pp. 1087 ss.

Questi due aspetti sono funzionalmente legati tra loro: l'ordinamento, infatti, non detta un precetto di impedimento dell'evento pregiudizievole rivolto a tutti i consociati, ma solo ad alcuni, e li seleziona – o, almeno, questo è l'auspicio – proprio in funzione del contenuto dell'obbligo e del bene giuridico che così riceve una tutela rafforzata, cioè dell'evento che deve essere impedito.

### 3.2.1. La ratio legis: perché l'ordinamento prevede l'obbligo di impedire un reato altrui

Per analizzare la struttura relazionale di questa tecnica legislativa di fondazione e delimitazione degli obblighi di impedimento, è innanzitutto necessario comprenderne la logica: con quale giustificazione un gruppo pur ristretto di persone è chiamato ad impedire un evento lesivo o un reato altrui? Quali sono i motivi che fondano la responsabilità omissiva impropria? Potremmo affermare che il problema in sé trascende (dal punto di vista logico) e precede (dal punto di vista cronologico) ogni apparato penalistico storicamente documentato, poiché la questione che è posta a suo fondamento è in realtà legata alle più essenziali dinamiche del vivere sociale: quando un certo evento determina la messa in pericolo o il danneggiamento della sfera giuridica personale di altri individui, viene naturale chiedersi se chi ha assistito all'evento, chi era a conoscenza degli antefatti, chi era entrato in contatto con le vittime o con coloro che hanno provocato direttamente la lesione, avrebbe potuto o avrebbe dovuto “fare qualcosa”.

Si tratta di un dilemma che si dipana, prima che sul piano giuridico, su quello morale, poiché un essere umano conscio di vivere accanto ad altri “*animali sociali*”<sup>171</sup> si pone spesso l'interrogativo circa la possibilità o il dovere di intervenire a tutela del terzo, anche nella prevenzione dei reati altrui. L'interrogativo è però sempre stato centrale anche agli occhi dei giuristi, come testimoniano gli esempi di diversi ordinamenti antichi

---

<sup>171</sup> Il riferimento è alla celeberrima definizione data da Aristotele (Politica, I, 2, 1253<sup>o</sup>) dell'essere umano quale “πολιτικὸν ζῷον”, “politikon Zoon”, “animale sociale”.

che – talora con uno sguardo fortemente influenzato dalla filosofia o dalla religione – hanno formalizzato con alcune regole giuridiche l'imposizione di impedire il fatto lesivo altrui<sup>172</sup>.

Il problema era ben presente già agli antichi greci, dal momento che Platone affermava che avrebbe dovuto essere considerato un assassino anche l'individuo che, potendo salvare un uomo aggredito, fosse rimasto inerte<sup>173</sup>; nel diritto romano, al contrario, tranne specifiche eccezioni, nessun individuo avrebbe potuto di regola essere chiamato a rispondere per l'impedimento della commissione del reato da parte di un terzo<sup>174</sup>; i canonisti affermavano invece con forza questo vincolo, spinti da una visione che non distingueva con chiarezza l'ambito morale e quello giuridico con la sensibilità laica contemporanea<sup>175</sup>. La questione venne ampiamente discussa anche al tempo dei glossatori: se in generale i criminalisti ammettevano questa forma di responsabilità, si preoccupavano però di comminare a chi omettesse di impedire l'evento una pena ridotta, anticipando il problema delle “quantità di responsabilità” e delle corrispondenti “quantità di pena” che ancor oggi si presenta di non facile soluzione sul piano degli istituti del concorso di persone<sup>176</sup>.

Tuttavia, nei secoli più recenti e fino al tardo Ottocento si era affermata una concezione del diritto penale improntata sulla filosofia dell'individualismo liberale, che sottolineava la centralità dell'autodeterminazione del singolo. “*Nell'ambito del diritto*

---

<sup>172</sup> Oltre agli esempi che citiamo, si veda una rassegna interessante (pur risalente a circa un secolo fa): VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, cit., p. 55 ss.

<sup>173</sup> M. GAND, *Du délit de commission par omission: essai de théorie pénale*, Paris, 1900, pp. 41-42.

<sup>174</sup> P. DI VICO, *L'omesso impedimento di un evento*, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1933, p. 767, che cita a supporto diverse fonti.

<sup>175</sup> Per citare solo un autore, Lattanzio, nel suo *Istitutiones divinae*, libro VI, cap. II afferma che “qui succurrere perituro potest, si non succurrit, occidit”. Lo ricordano GAND, *Du délit de commission par omission*, cit., p. 42, e VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, cit., p. 57.

<sup>176</sup> A titolo esemplificativo, Claro scrive nelle *Sententiae*, libro V, questio 10: “Est etiam communis regula quod semper gravius reputandum delictum quod committitur faciendo quam illud quod committitur omittendo”.

*penale si deve accettare come principio fondamentale che l'obbligo del cittadino o del suddito si indirizza esclusivamente all'omissione: egli deve, cioè, omettere delle azioni che, se venissero commesse, lederebbero o porrebbero in pericolo la sicurezza dello Stato o dell'individuo e la cui commissione, di conseguenza, è vietata*<sup>177</sup>. Di conseguenza, l'imposizione di un comportamento attivo "può essere giustificata solo attraverso un particolare fondamento giuridico [...]. Un delitto per omissione, di conseguenza, presuppone necessariamente per la sua esistenza:

- I) l'esistenza di un obbligo di attivarsi che abbia un particolare fondamento giuridico;
- II) la violazione di un tale obbligo attraverso l'omissione dell'azione doverosa;
- III) la sussistenza di un danno provocato dall'omissione per colui che era autorizzato ad esigere l'adempimento di quell'obbligo e quindi la commissione di quell'azione"<sup>178</sup>.

Così, ai consociati si richiedeva innanzitutto di astenersi dall'attaccare, da un lato, i beni giuridici individuali e, dall'altro, quelli collettivi essenziali al mantenimento di una società ordinata e sicura, come la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e il buon costume: le omissioni penalmente rilevanti erano limitate a quelle concernenti il servizio militare, il versamento delle tasse e il soccorso delle persone in pericolo. Ne derivava un sistema fondato essenzialmente su reati commissivi e, conseguentemente, su precetti formulati in forma di divieto: "non realizzare l'azione descritta dalla norma".

Il fondamento "eccezionale" della responsabilità omissiva va invece rinvenuto nel principio solidaristico e nell'obbligo di agire, a protezione di alcuni soggetti o di determinati beni giuridici. I reati omissivi vennero, per così dire, riscoperti già a cavallo tra Ottocento e Novecento, soprattutto nella legislazione di parte speciale (come, ad esempio, nell'ambito della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e delle prime

---

<sup>177</sup> E.P.J. SPANGENBERG, *Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1820, n. 4, pp. 528-529. L'autore riprende qui le indicazioni fornite da P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, III ed., Giessen, 1805, pp. 24-25, il quale, pur senza distinguere tra omissioni proprie e improprie (categorizzazione che è da ascrivere al Luden), sottolinea il ruolo marginale e assai ridotto di tutte le fattispecie omissive, che possono essere giustificate esclusivamente da un particolare fondamento giuridico.

<sup>178</sup> *Ivi*, p. 529.

assicurazioni obbligatorie)<sup>179</sup>; dal punto di vista della tecnica legislativa, solo alcuni ordinamenti fecero ricorso a vere e proprie clausole generali di responsabilità in relazione ad un fatto altrui<sup>180</sup>, mentre nella maggior parte dei casi i legislatori disegnarono dei singoli reati autonomi<sup>181</sup>, disciplinando l'obbligo di soccorrere le persone in pericolo, di denunciare determinati reati, e affiancando, nella tipizzazione delle singole fattispecie, le condotte omissive a quelle commissive.

La dottrina si mosse lentamente nell'elaborare un'autonoma dogmatica dei reati omissivi impropri, che non vide la luce fino ai primi decenni del Novecento e dietro la forte influenza della dottrina tedesca. Va poi ricordato che con il diritto penale autoritario dei totalitarismi, gli obblighi positivi imposti a diversi soggetti erano strettamente legati al particolare *status* dell'individuo all'interno della società (si pensi alle molteplici forme di comunità, quali famiglia, partiti politici, gruppi militari, etc.), e si traducevano in veri e propri strumenti pervasivi di governo della collettività.

La situazione mutò radicalmente dopo quella stagione, con un costante incremento nell'utilizzo dei reati omissivi, che continua tuttora, e che trova la sua ispirazione nella matrice di solidarietà e cooperazione espressa nell'art. 2 Cost., che riconosce i diritti inderogabili dell'uomo sia nella dimensione dell'individualità sia "nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", e lega tale garanzia allo "adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"; la stessa Carta fondamentale declina questi doveri, quasi a specificarli, nelle previsioni degli artt. 4, 30, 34, 52, 53 Cost. Dapprima, la legislazione di matrice solidaristico-sociale inaugurata nel secondo dopoguerra ha visto un parallelo nuovo impegno della dottrina italiana nella definizione di nuovi elementi tecnici concernenti questo tipo di

---

<sup>179</sup> Sul punto, cfr. G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, cit., pp. 3 ss.

<sup>180</sup> Come disciplina il codice bavarese del 1813, ai §§ 45-48 e 83, citati in F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, p. 122.

<sup>181</sup> Ad esempio, nel caso dei codici penali del Württemberg (§ 93) e di Brunswick (§ 281), citati in F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., p. 122.

responsabilità<sup>182</sup>. Successivamente, gli studiosi della materia hanno cercato un approccio che, consapevole della necessità dell'elaborazione di una nuova dogmatica *ad hoc* per l'omissione, non si distaccasse tuttavia dalla prospettiva politico criminale, domandandosi innanzitutto a quali fini imporre a determinati soggetti l'obbligo giuridico di impedire l'evento<sup>183</sup>.

È stato inoltre superato l'antico concetto della connivenza, che identificava la condotta di colui che volontariamente si asteneva dall'impedire in reato di cui aveva notizia. Già l'elaborazione dottrinale del Carrara rifiutava la punizione *sic et simpliciter* di colui che non avesse ammonito il colpevole, non ne avesse fisicamente arrestato l'azione e non avesse preventivamente denunciato il suo proposito<sup>184</sup>.

I lavori preparatori dell'art. 40 c.p. ripudiano una tale impostazione<sup>185</sup>, in ciò superando, peraltro, la posizione intermedia del Codice Zanardelli il quale, all'art. 60 stabiliva che nelle contravvenzioni commesse da chi fosse soggetto all'autorità, direzione o vigilanza altrui il preponente dovesse essere chiamato a rispondere, dal momento che il reato derivava dalla violazione di disposizioni che quest'ultimo aveva il dovere di far rispettare; il codice Rocco ha invece sancito in tali casi solo l'obbligazione civile del preponente, in via sussidiaria rispetto a quella del preposto (art. 196 c.p.).

---

<sup>182</sup> A titolo esemplificativo, cfr. A. DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1950; M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, cit.

<sup>183</sup> Cfr., per. es., F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit.; G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democrazia e dir.*, 1977, pp. 682 ss.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 56 ss., 376 ss. Per il reato omissivo proprio, fondamentale il testo di A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit.

<sup>184</sup> F. CARRARA, *Programma. Parte gen.*, § 464, citato in F. MANTOVANI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, p. 128.

<sup>185</sup> Cfr. AA.VV., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, vol. IV, p. 102: "Il progetto, respingendo [...] la complicità negativa, non ha voluto, in questo capoverso, evidentemente riferirsi ad una tale soluzione... Insomma, in questo capoverso i compilatori hanno voluto stabilire il principio di causalità e non già far rivivere la complicità negativa".

Oggi, all'esito di tale evoluzione normativa, giurisprudenziale e dottrinale, è possibile affermare che l'art. 40, comma 2 trova la sua giustificazione in una sorta di bilanciamento, di equilibrio tra gli inderogabili doveri di solidarietà cui fa riferimento l'art. 2 Cost. e il diritto di libertà sancito dall'art. 13 Cost.: la facoltà del terzo di restare normalmente indifferente di fronte alle azioni lesive di un bene giuridico viene meno proprio perché l'ordinamento pone alcuni soggetti (i garanti) a tutela di situazioni delicate o di soggetti deboli<sup>186</sup>.

E ciò è tanto più vero a fronte della crescente complessità della società contemporanea: si tratta, in altre parole, di imporre ai singoli di nuovi doveri perché contribuiscano ad impedire un evento pregiudizievole (cfr., per es., la materia tributaria, dell'assistenza familiare, delle diverse produzioni commerciali, della sicurezza sul lavoro, della circolazione stradale, della tutela dell'ambiente, etc.). *“In via generale i reati omissivi sono reati propri: gli obblighi di attivarsi penalmente rilevanti si innestano nella complessiva disciplina di particolari ruoli, pubblici o privati, che pongono chi li ricopra in un particolare rapporto con particolari interessi di terzi o della collettività. Le attività disciplinate rientrano in una sfera che non è esclusivamente di libertà, ma di esercizio di funzioni in cui libertà e poteri si intrecciano con doveri funzionali di soggetti che svolgono attività legittime, socialmente importanti o addirittura necessarie. Da ciò il grande rilievo che il tema della responsabilità per omissione ha assunto nelle moderne società complesse”*<sup>187</sup>.

Si comprende allora quanto delicata sia la scelta del legislatore: obblighi di impedimento del reato altrui troppo rari di finirebbero per lasciare esposti al pericolo di aggressione beni giuridici e soggetti in difficoltà, ma un'eccessiva rete di obblighi condurrebbe alla paralisi dei rapporti sociali, generando una serie di infiniti controlli reciproci, a fronte della quale non potrebbe che risuonare un antico interrogativo: *quis custodiet ipsos custodes*<sup>188</sup>? Per questo motivo, devono essere scelti con attenzione sia il

---

<sup>186</sup> F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 337.

<sup>187</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pp. 204-205.

<sup>188</sup> Un problema tanto antico che già lo poneva il poeta latino Giovenale nelle sue *Satire*, VI, O31-O32 e, prima di lui, il filosofo Platone nella *Repubblica*, III, 403e: *“è certamente ridicolo che un custode abbia bisogno di un custode”*.



contenuto dei singoli obblighi, sia il gruppo di soggetti sui quali essi gravano. La conseguenza dell'equiparazione della responsabilità omissiva del garante a quella di chi direttamente commette il reato non è affatto trascurabile, e un uso ridondante del reato omissivo improprio non sarebbe di fatto sostenibile da molti consociati che si troverebbero del tutto impreparati a svolgere il proprio ruolo di garanti, né sarebbero in stretto rapporto proprio con la situazione giuridica che devono tutelare.

La selezione sulla natura degli obblighi di impedimento e sui soggetti garanti viene svolta attraverso diversi strumenti: una selezione della tipologia di fattispecie alle quali sia applicabile l'art. 40, comma 2 c.p. e – punto fondamentale – una selezione delle fonti dell'obbligo di impedire.

### 3.2.2. A quali tipi di reati si applica la clausola dell'art. 40, comma 2?

La figura del reato omissivo improprio non è innanzitutto compatibile con ogni norma di parte speciale. Se gli artt. 57, 57 bis c.p. e 138 c.p.m.p. non pongono particolari problemi, per l'esplicita delimitazione del novero di reati con cui possono combinarsi, più complessa è l'individuazione dell'ambito di applicazione dell'art. 40, comma 2 c.p.

La prima categoria ad essere esclusa è certamente quella dei *reati omissivi propri* (intendendo per essi tutti i reati omissivi non tipizzati attraverso l'uso della clausola dell'art. 40 o di altre norme di parte generale, quali – appunto – l'art. 57 c.p. o l'art. 138 c.p.m.p.)<sup>189</sup>, in virtù di una ben precisa funzione della clausola stessa, che ha lo scopo di fondare la responsabilità per delle omissioni che non siano espressamente previste nelle singole disposizioni di parte speciale. Fin dalla sua formulazione letterale, inoltre, la clausola mira ad un'equivalenza tra l'omissione (impropria, del garante) e l'azione (di chi direttamente realizza il reato), non anche con una seconda omissione. Peraltro, la struttura stessa dei reati omissivi propri, in cui un soggetto ben definito (B) non compie l'azione doverosa prescritta, difficilmente si presta ad essere duplicata immaginando il

---

<sup>189</sup> Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 620-621, e A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., *passim*, per gli indispensabili riferimenti. M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 379.

ruolo di un altro soggetto (A) che deve impedire che B non compia l'azione doverosa; delle due l'una: o A è titolare di un semplice obbligo di vigilanza, e non di impedimento nei confronti di B, o è destinatario, esattamente come B, del precetto di compiere l'azione doverosa. In entrambi i casi, anche A commette un reato omissivo proprio. Neppure, ovviamente, è possibile applicare la clausola di cui all'art. 40 alle fattispecie a cui già risulta applicabile l'art. 57 o 57 bis c.p. (per la regola della specialità tra norme); l'art. 138 c.p.m.p. contiene poi una clausola che regola esplicitamente i rapporti tra le due norme ("ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'articolo 40 del codice penale").

Ben più interessante è la *selezione da operare all'interno delle fattispecie commissive*.

Una prima, fondamentale restrizione è quella *ai soli reati di evento*: è stato affermato che il dominio naturale ed esclusivo dell'art. 40 cpv. è quello delle fattispecie causalmente orientate, dal momento che la clausola di equivalenza parla espressamente di "evento". La dottrina che opta per questa delimitazione ha infatti sottolineato che la collocazione della clausola di equivalenza in una norma rubricata "rapporto di causalità" deve condurre decisamente ad escludere l'applicazione della stessa ai reati di mera condotta<sup>190</sup>.

Non sono mancate alcune adesioni giurisprudenziali a questa teoria: la Suprema Corte ha per esempio escluso che si possa rimproverare il reato di frode nelle pubbliche forniture non solo all'autore materiale e diretto, bensì anche al direttore del servizio mensa di una società che fornisce ristorazione nel quadro di un appalto con una struttura sanitaria se questi non ostacola la somministrazione di pasti di qualità diversa rispetto a quanto concordato nel capitolato<sup>191</sup>. Si pensi anche a quei reati che per la loro stessa struttura non sopportano la commissione mediante omissione, come per esempio l'evasione (art. 385 c.p.): non si potrà rimproverare il secondino che si sia distratto se il prigioniero riesce ad evadere.

---

<sup>190</sup> Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 627-628; G. GRASSO, *Il reato*, cit., 154.

<sup>191</sup> Cfr. Cass. pen., 31 ottobre 2007, Baruffa, in CED, 235790.

Un esempio più problematico concerne il favoreggiamento personale (art. 378 c.p.): da un lato, è presente un filone giurisprudenziale che tenda a ritenere integrato il reato anche semplicemente con l'omessa comunicazione alla pubblica autorità di informazioni circa la realizzazione del delitto<sup>192</sup>; dall'altro, la dottrina – a nostro parere, condivisibilmente – ha invece escluso l'applicabilità, ora sottolineando che il favoreggiamento è un reato senza evento<sup>193</sup>, ora ammettendo l'esistenza di un evento in senso naturalistico, ma evidenziando che non per questo è ipotizzabile un generalizzato obbligo di denuncia per qualsiasi reato in capo ad ogni consociato<sup>194</sup>, né che soggetti qualificati, come ad esempio gli agenti delle forze dell'ordine, possano commettere un reato comune.

Resta isolata – e ci sembra piuttosto formalistica – la posizione di chi, pur critico nei confronti della scelta terminologica del legislatore, sostiene come l'accostamento tra “non impedire” e “cagionare” di cui all'art. 40, comma 2 c.p. consenta l'applicazione della clausola di equivalenza neppure a tutte le fattispecie di evento, ma solo a quelle fattispecie commissive la cui disposizione contiene un termine quale “cagionare”, “procurare”, o simili: così, ad esempio, resterebbero esclusi i casi di diffamazione, furto, peculato, calunnia, poiché il requisito dell'evento è espresso con una formula diversa, e pertanto non sarebbe possibile ricavare una responsabilità omissiva impropria<sup>195</sup>. Per stabilire invece l'applicabilità dell'art. 40, comma 2 a quelle disposizioni che sono

---

<sup>192</sup> Cfr. per esempio, Cass. pen., 23 ottobre 2002, Como, in CED, 222323; Cass. pen., 12 giugno 2003, A., in CED, 225482; ancora, nel senso dell'imputazione per favoreggiamento di colui che acquisti modiche quantità di stupefacenti e opponga un rifiuto a rivelare le generalità dello spacciatore alla polizia, Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2007, Morea, in CED, 236371; Cass. pen., 13 luglio 2007, Binaj, in CED, 237244. Particolare invece Cass. pen., 16 marzo 2010, D'Alisa, in CED, 246690, sulla responsabilità di un agente di polizia giudiziaria che non riveli immediatamente ai suoi superiori il rifugio di un ricercato: “il favoreggiamento omissivo è configurabile con riguardo a soggetti intranei alle istituzioni della giustizia penale nei confronti dei quali la legge configura una vera e propria posizione di garanzia per la normalità delle ricerche post delictum”.

<sup>193</sup> A. PAGLIARO, voce *Favoreggiamento*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, p. 41.

<sup>194</sup> D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale fra diritto penale e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1984, cit., p. 68.

<sup>195</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 371-372.

formulate con espressioni quali “aiutare”, “agevolare”, “favorire”, sarebbe necessario verificare che si tratti di reati di evento e che tali locuzioni esprimano una condotta attiva: solo in questo caso opera l’equivalenza<sup>196</sup>. La clausola non si potrebbe applicare, dunque, quando la fattispecie di parte speciale si incentra su una condotta con note descrittive che riconducono forzatamente ad un comportamento positivo, come nei casi di furto e rapina. In altre occasioni, tuttavia, le singole fattispecie penali contengono elementi normativi; in tali casi, dovrebbe essere verificato il contenuto degli obblighi normativi che sono ricavabili dalle norme di condotta a cui gli obblighi stessi fanno riferimento: vi sono, infatti, fattispecie che possono agevolmente essere integrate tanto con un comportamento attivo, quanto con uno omissivo, poiché gli obblighi da queste implicate possono essere violati con entrambi questi comportamenti. Si pensi, per esempio, all’art. 380 c.p., che punisce il patrocinatore o il consulente tecnico che “rendendosi infedele ai suoi doveri professionali arreca nocimento agli interessi della parte da lui difesa, assistita o rappresentata”, o all’art. 264 c.p., che si riferisce all’infedeltà a mandato ricevuto per trattare affari di Stato all’estero.

Sembrano inoltre esorbitare dall’ambito di applicabilità della norma le fattispecie che impongono al soggetto di realizzare “*un atto positivo di carattere necessariamente personale*”<sup>197</sup>, richiedendo così una partecipazione personalissima dell’agente, della sua persona e del suo corpo. L’esempio prototipico di questa categoria (detta dei *reati di mano propria*) è l’incesto: il rimprovero dell’ordinamento è così inestricabilmente legato non solo alle qualifiche personali dell’autore (il che avverrebbe anche per ogni reato proprio), ma anche alle azioni che questi direttamente e imprescindibilmente deve compiere che non è possibile un’estensione della sfera del penalmente rilevante anche a soggetti terzi titolari di un obbligo di garanzia (a meno che, ovviamente, non sia presente una disposizione che colpisca il loro comportamento, per così dire, ausiliario).

---

<sup>196</sup> Cfr. P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, Cedam, 1971, p. 120; M. SPASARI, *Agevolazione colposa*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. I, p. 895; F. SGUBBI, *Responsabilità*, cit., p. 103; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 77; L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, Cedam, 1981, p. 146.

<sup>197</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 627.

Simili sono le conclusioni in punto di *reati abituali e reati a condotta plurima*, in cui non compare un evento<sup>198</sup>.

Ulteriore problema è quello dei *reati a forma vincolata*, in cui la descrizione di specifiche modalità di realizzazione della condotta impedisce l'applicabilità della clausola di equivalenza: se il rimprovero dell'ordinamento si giustifica in relazione non solo alla causazione di un medesimo fatto, ma anche alle modalità con cui questo viene eseguito, e la norma descrive un comportamento attivo, allora per definizione il soggetto terzo che omette non potrà realizzare quella condotta con quelle modalità, poiché il disvalore espresso da quella norma comprende le modalità di causazione: utilizzare la clausola di equivalenza darebbe in questo senso vita ad un'analogia in *malam partem*<sup>199</sup>. Perciò, tradizionalmente la dottrina afferma che l'art. 40 comma 2 si può applicare alle fattispecie che descrivono l'evento in "*termini di pura produzione di un risultato determinato, senza modalità particolari di sviluppo del comportamento dell'agente*"<sup>200</sup>.

In senso contrario, sono state avanzate tre argomentazioni. In primo luogo, è un indice favorevole all'applicabilità della clausola di equivalenza anche ai reati a forma vincolata il fatto che tale norma richieda la sussistenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e non anche una vera e propria corrispondenza della condotta omissiva a quella attiva (come invece esplicitamente richiesto nel codice penale tedesco, al § 13 StGB).

In secondo luogo, alcuni studiosi si sono schierati contro la limitazione ai soli reati a forma libera, sostenendo che "*i criteri di selezione [...] appaiano artificiosi*"<sup>201</sup>. Secondo questa impostazione, il termine "evento" contenuto nell'art. 40, comma 2 potrebbe essere inteso come "*qualsiasi fatto rispetto a cui possa essere posto il problema della causalità omissiva. Le modalità di tipizzazione di singoli reati (con o senza evento, con o senza specificazione*

---

<sup>198</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 380.

<sup>199</sup> *Ibidem*; F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 103.

<sup>200</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 381. Cfr. anche G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., pp. 189-190.

<sup>201</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 216.

*di modalità di condotta) non appaiono significative rispetto alla determinazione d'ambito e limiti della responsabilità omissiva*"<sup>202</sup>.

Infine, la descrizione delle modalità di condotta contenuta in una fattispecie sarebbe di ostacolo all'applicabilità dell'art. 40, comma 2. Vi sarebbero certamente nel nostro ordinamento alcune fattispecie tipiche rispetto alle quali è possibile revocare in dubbio la possibilità che siano commesse anche con una condotta omissiva: l'esempio paradigmatico resta quello della truffa (art. 640 c.p.), rispetto alla quale la dottrina si interroga sulla possibilità che gli artifici e i raggiri possano essere realizzati mediante il silenzio. Tuttavia, chiedersi se l'artificio o il raggiro possano essere realizzati con l'omissione riguarderebbe – secondo l'obiezione – il problema della rilevanza dei profili omissivi in un comportamento attivo, o al più della possibilità di integrare la fattispecie base anche con un'omissione, che sono questioni diverse dalla responsabilità per omesso impedimento: le prime due riguardano l'esegesi delle fattispecie speciale, l'altra concerne invece la responsabilità dei garanti per la realizzazione di un fatto conforme al tipo. Il rispetto delle modalità della condotta sarebbe allora sì necessario per l'integrazione del fatto; ma in presenza di una responsabilità plurisoggettiva, in cui sono coinvolti tanto A quanto B, e A omette di impedire il reato, mentre B lo commette, sarebbe sufficiente che solo quest'ultimo realizzi la condotta con le modalità prescritte dalla norma, ma la nota di tipicità si trasmetterebbe anche ad A, purché questi sia titolare di un obbligo di impedire quel reato a forma vincolata e la sua omissione si riveli causalmente rilevante<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> *Ibidem*. Sul punto, in giurisprudenza, cfr. per es. Cass. pen., sent. 4 ottobre 2006, Dazzi, in CED, 235141; Cass. pen., sent. 7 giugno 2000, Salerno, in CED, 216711. Per le condizioni a cui il mero silenzio possa essere rilevante, Cass., Sez. Un., sent. 19 aprile 2007, Carchivi, in CED, 235962, che tratta dei rapporti tra truffa aggravata ex art. 640 bis e indebita percezione di erogazioni pubbliche ex 316 ter. Anche la giurisprudenza più recente è concorde: Cass. pen., sez. II, sent. 8 giugno 2015, n. 28791, Bidoli, in CED, 264400; Cass. pen., sez. II, sent. 19 marzo 2013, n. 28703, Rossi, in CED, 256348; Cass. pen., sez. II, sent. 19 giugno 2012, n. 32859, D'Alessandro, in CED, 253660.

<sup>203</sup> *Ibidem*: "le modalità di condotta sono ovviamente necessaria a integrare il fatto non impedito, ma non hanno alcun significato rispetto alle questioni in gioco nella eventuale penalizzazione dell'omesso impedimento, là dove l'evento da impedire si identifichi in un fatto di reato commesso da terzi".

Alla prima obiezione si può replicare che la presenza di una “clausola di corrispondenza” non è necessaria per escludere i reati a forma vincolata: l’art. 40, comma 2 menziona già un’equivalenza che, alla luce del principio di legalità non può tradursi nell’elusione delle modalità di realizzazione della condotta, tipizzate espressamente nei reati a forma vincolata. Né si potrebbe affermare che basta un qualsiasi contributo omissivo atipico grazie al quale l’agente A, che omette, collabori con B che realizza la condotta attiva vincolata; e questo perché – come avremo modo di argomentare nel quarto capitolo del nostro lavoro – l’art. 40, comma 2 non fonda una responsabilità di tipo concorsuale né ha bisogno di combinarsi con la forma di manifestazione del reato di natura concorsuale; si tratta, al contrario, di una responsabilità monosoggettiva (anche se prende vita in un contesto plurisoggettivo), che deve, per così dire, reggersi autonomamente, rispettando gli stretti vincoli della legalità in materia penale.

Alla seconda e alla terza obiezione si può replicare che le argomentazioni proposte sono eclettiche rispetto al problema. Non vi sono dubbi, infatti, che quando la struttura relazionale del reato omissivo improprio si traduce nel rimprovero per mancato impedimento del reato altrui – ritorneremo sul tema –, ciò consenta di superare i problemi relativi alla possibilità di imputare monosoggettivamente la commissione mediante omissione (cioè in relazione ad un evento diverso dal reato altrui, per esempio generato da una causa naturale). *“La questione, in ipotesi del genere, si risolverà allora avendo esclusivo riguardo all’ampiezza della posizione di garanzia, e sarà dunque condivisibile l’idea che sia tale aspetto, e non le modalità di tipizzazione dei singoli reati, a determinare l’ambito e i limiti della responsabilità omissiva”*<sup>204</sup>. Questa considerazione, tuttavia, non autorizza a dedurre che un reato a forma vincolata possa essere integrato di per sé (quindi anche da *un solo soggetto*) con l’omissione di un atto doveroso. Tornando all’esempio della truffa, se immaginiamo un venditore di opere d’arte che abbia millantato l’autenticità di un’opera falsa, non abbiamo particolari difficoltà ad affermare la responsabilità omissiva impropria del curatore della galleria d’arte, se questi aveva l’obbligo di impedire il comportamento del dipendente. Le problematiche sembrano invece difficilmente superabili quando ci si chiede se commetta una truffa il venditore di opere d’arte che,

---

<sup>204</sup> F. D’ALESSANDRO, Art. 40, cit., p. 540.

operando in proprio, ometta semplicemente alcune informazioni sullo stato di conservazione dell'opera trattando con il cliente.

In conclusione, non ci sembra possibile applicare l'art. 40, comma 2 c.p. alle fattispecie a forma vincolata, salve le considerazioni – che svolgeremo in seguito – sull'omesso impedimento (non di un evento, ma) di un reato altrui.

Infine, un'ulteriore selezione potrebbe essere operata con riferimento al *bene giuridico* protetto. Alcuni studiosi, infatti, hanno suggerito di limitare l'applicabilità dell'art. 40, comma 2 c.p. ai soli reati già previsti come fattispecie colpose: assumendo il primato nel nostro ordinamento delle ipotesi dolose, le fattispecie colpose costituiscono una prima eccezione, e una seconda, ancora più radicale, è rappresentata dalle fattispecie omissive improprie; la tutela aggiuntiva è dunque possibile – alla luce di un contenimento delle incriminazioni secondo un'ottica liberale – solo per rafforzare la protezione di quei beni già oggetto della prima eccezione<sup>205</sup>. Altre opinioni limiterebbero questa forma di tutela ai reati che proteggono i più importanti beni giuridici, quelli primari, come per esempio la vita o l'incolumità fisica personale e l'incolumità pubblica. In senso contrario, tuttavia, è stato osservato che se così fosse, il legislatore si sarebbe probabilmente preoccupato di delimitare l'applicabilità della norma con un riferimento più preciso, mentre ha previsto una clausola generale del tutto astratta, senza alcun confine inerente alla tipologia di interesse protetto<sup>206</sup>. Ci sentiamo di concordare con quest'ultima posizione che, almeno in linea teorica, evita di far dire alla legge ciò che essa non vuole, né sarebbe in altro modo ricavabile dai principi generali del nostro ordinamento. È vero infatti che il reato omissivo improprio punisce coloro che disattendono all'obbligo di impedire la lesione di un bene giuridico altrui o collettivo, e dunque si fonda sull'esistenza di un dovere di matrice solidaristica, che meglio sarebbe giustificato al fine di proteggere situazioni di rilevante debolezza ovvero di particolare importanza. Tuttavia, queste considerazioni di principio non sono sufficienti a tracciare in modo – di fatto – arbitrario un confine legislativo. La questione dev'essere osservata

---

<sup>205</sup> Cfr. Sul punto F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 5, p. 629.

<sup>206</sup> Cfr. M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 382.



dall'angolo prospettico delle scelte politico-criminali: è infatti al momento della costruzione di un obbligo di garanzia che dev'essere verificato se quel particolare bene meriti una simile tutela (ad esempio, altro è costituire un garante contro il danneggiamento di una proprietà privata, altro è prevedere obblighi di garanzia a carico di sindaci, amministratori e altri organi societari), ma ciò non significa includere *a priori* alcuni beni giuridici ed escluderne altri<sup>207</sup>.

### 3.2.3. Le fonti dell'obbligo di impedimento e la posizione di garanzia: un dibattito aperto

Oltre che attraverso la selezione delle tipologie di fattispecie con cui può combinarsi la clausola dell'art. 40 c.2, la fondazione e la delimitazione degli obblighi di impedimento avviene principalmente attraverso l'individuazione delle loro fonti. Se l'esistenza di un obbligo giuridico è presupposto centrale della responsabilità omissiva, è ovvio che l'individuazione delle sue fonti disegna un catalogo più o meno vasto di fattispecie omissive improprie; fondare un obbligo più o meno esteso, o definirne i caratteri essenziali in senso più o meno inclusivo, equivale a disegnare una responsabilità più o meno estesa di impedire il reato altrui, e quindi a disegnare in modo diverso la ripartizione di responsabilità nella c.d. "società del rischio"; significa altresì estendere o ridurre il numero dei soggetti destinatari dell'obbligo, i quali possono diventare gli autori del reato omissivo improprio.

Contestualizziamo la problematica rispetto ad alcuni esempi di interazione tra A e B. Il titolare di un *internet point* o il *provider* di un servizio di visualizzazione video sul *web* ha o no l'obbligo giuridico di impedire i reati che possono essere commessi dagli utenti, per esempio diffondendo in rete materiale che incita ad azioni violente e sovversive (esempio del II sottogruppo)? Rispondere non è indifferente, in particolare per l'effetto che una maggiore o minore estensione di tale obbligo avrebbe sulla

---

<sup>207</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 169 ss.; D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale*, cit., pp. 159-160.

diffusione di servizi di questo tipo, e sui controlli che dovrebbero essere predisposti. Utilizziamo ancora un esempio del II sottogruppo: qual è l'estensione della responsabilità dei membri del collegio sindacale di una società per azioni rispetto ai reati documentali che possono essere realizzati dagli amministratori? Quale fonte giuridica obbliga A, responsabile della qualità di un'azienda, a controllare l'operato di B, capo del dipartimento chimico, che per un banale errore ordina la produzione di latte per neonati fortemente alterato? Come si stabiliscono i confini della responsabilità penale di A, medico oncologo, rispetto all'operato di B, suo assistente, che mal interpreta i risultati degli esami e rassicura un paziente, che soffre invece di un tumore (caso dell'VIII sottogruppo)?

Non meno rilevanti i quesiti rispetto all'interazione tra A e V. Qual è la fondazione della responsabilità dello psichiatra A se il detenuto B si suicida in carcere a causa di uno squilibrio non diagnosticato (caso X)? In cosa deve concretizzarsi il dovere di un genitore di evitare che il figlio arrechi più o meno volontariamente un danno alla propria incolumità (caso XII: il bambino, mentre il genitore è distratto, si fa male sullo scivolo di una piscina; caso XIV: l'adolescente anoressica V si lascia morire senza che la madre A, sconvolta per la morte del marito, intervenga)? Quale la distribuzione della responsabilità per il controllo dei nuovi materiali all'interno di un'industria, e quale il dovere cui è chiamato anche il lavoratore che è direttamente esposto al rischio (caso XVI)?

Si aggiunga che, maggiore è la chiarezza sulla definizione di obbligo e delle fonti di questo, minori potranno essere le derive della prassi, quella "*creazione giurisprudenziale di fattispecie penali*"<sup>208</sup> che si fonda sulla moltiplicazione indiscriminata delle fonti di tali obblighi. Dal punto di vista della sistematica del reato, la presenza di una generale clausola di equivalenza consente di disciplinare la responsabilità omissiva corrispondentemente a moltissime fattispecie commissive, e quindi potenzia la tutela di determinati beni giuridici, senza lasciare l'interprete nella necessità di ricorrere ad un'estensione analogica occulta, e allo stesso tempo evitando la proliferazione di singoli

---

<sup>208</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 392.

reati impropri nella parte speciale, che la appesantirebbero, lascerebbero in vita un costante rischio di mancanza di tutela<sup>209</sup>. Tuttavia, in virtù di questa scelta si presenta un problema di non poco momento: gli obblighi sono dettati in fonti tipicamente extrapenali, e spesso non attraverso norme tassative, ma con riferimento a principi espressi o che possano essere ricavati in via interpretativa; allo stesso tempo, essendo gli obblighi di impedimento un elemento caratterizzante e imprescindibile del reato omissivo improprio, sono sottoposti allo stringente principio di legalità valevole in ambito penalistico<sup>210</sup>.

Quali sono, dunque, le fonti degli obblighi?

In alcuni ordinamenti (definiti “a legalità sostanziale”) l’obbligo di impedire può essere ricondotto a “fonti materiali” o alla posizione di un soggetto nell’ambito di una comunità familiare, sociale, politica. Gli esempi più significativi sono quelli dei paesi socialisti (Unione sovietica, Cina, Polonia), ma anche della Germania nazista, in cui la dottrina e la giurisprudenza ricondussero il fondamento dell’obbligo di impedire allo stretto rapporto di vita tra il garante e un altro soggetto, ovvero allo “ordine etico del popolo”. Pertanto, ad esempio, potevano essere puniti il coniuge che non aveva impedito gli illeciti dell’altro coniuge, l’oste che non ostacolasse l’aggressione ad un cliente o l’uscita di un avventore ubriaco dal locale, persino l’imputato che, tacendo il vero e mentendo, non impedisse il reato di falsa testimonianza<sup>211</sup>.

Ben diverse le regole negli ordinamenti a legalità formale, come quello italiano. Tuttavia, la lettera della legge è in qualche modo eclettica nell’indicazione delle fonti, poiché fornisce un unico elemento, laddove afferma che si deve trattare di obblighi di *natura giuridica*<sup>212</sup>. Il significato immediato di tale espressione è semplice: non possono venire in considerazione i doveri esclusivamente morali. Non è compito

---

<sup>209</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 161.

<sup>210</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 211.

<sup>211</sup> Per questa sintesi, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 155-156.

<sup>212</sup> A tal proposito, è curioso ricordare che nella prima stesura del codice non compariva l’aggettivo “giuridico”, aggiunto dal Ministro, che lo riteneva implicito, su sollecitazione della Commissione Parlamentare. Cfr. *Relazione del Guardasigilli*, in AA.VV., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., 1929, vol. V, n. 24.

dell'ordinamento penale stabilire in modo unilaterale se un soggetto ha fatto tutto quanto la sua coscienza gli raccomandasse per impedire l'evento dannoso o il reato altrui: si tratta di un quesito che potrebbe, al più, interessare il diritto penale canonico; l'indagine del penalista di diritto "laico" si limita invece ad esplorare il dovere giuridico. Se questa prima distinzione appare cristallina, più significativi problemi ermeneutici sorgono quando si indagano i limiti interni alla nozione di giuridicità dell'obbligo. In assenza di indicazioni normative più specifiche, la dottrina ha seguito un approccio fondato sulla distinzione delle fonti, tipico della teoria generale del diritto. Sul punto si sono confrontati approcci più restrittivi e altri più estensivi.

Dopo averli passati in rassegna, proporrò una sistematica che – a nostro giudizio – coglie le migliori suggestioni delle varie teorie.

#### ◆ La teoria formale

La teoria storicamente più risalente è quella classica, secondo cui la nozione di giuridicità può essere ricondotta ad *“una norma positiva scritta o consuetudinaria, imposta dal diritto pubblico o dal diritto privato, la quale imponga ad un soggetto di attivarsi per impedire ad una serie causale operante al di fuori di lui di sfociare in una conseguenza dannosa”*<sup>213</sup>. È la

---

<sup>213</sup> Così F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., p. 121, G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 321. Copiosa è sul punto anche la dottrina tedesca: A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 39; E. MEZGER, *Strafrecht*, cit., p. 71; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pp. 213 ss.; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. All. Teil*, I ed., Karlsruhe, 1958, pp. 235 ss. Cfr. anche H. BLEI, *Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen*, in *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, a cura di W. Naucke, Berlin, 1966, p. 119 ss.; W. STREE, *Garantenstellung kraft Übernahme*, ivi, pp. 145 ss.

Si veda anche quanto detto da H.H. JESCHECK-H.G. GOLDMANN, *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1965, n. 77, pp. 109 ss.: *“La sistemazione dei doveri giuridici di impedire l'evento da un punto di vista contenutistico offre il vantaggio di una sempre più ampia sicurezza giuridica. Essa è da preferire allo schema tradizionale legge-contratto-attività antecedente. In ogni caso non si deve misconoscere il pericolo di un'applicazione semplicistica ed estensiva di questi doveri giuridici. La limitazione dei doveri giuridici nei delitti di omissione impropri attraverso un'interpretazione restrittiva dei doveri giuridici, vale a dire la loro limitazione*

teoria più conforme alla concezione strettamente liberale dell'ordinamento, che accetta la previsione di obblighi di agire solo in via eccezionale e a patto di un'adequata formalizzazione: si tratta della teoria che meglio si sposa con l'inizialmente limitata applicazione della responsabilità omissiva impropria<sup>214</sup>.

*“La giuridicità dell'obbligo [...] non può che significare la volontà legislativa di subordinare la rilevanza penale della posizione di garanzia all'esistenza di un obbligo [...] formalmente posto da una fonte dell'ordinamento a ciò abilitata”*<sup>215</sup>. Di conseguenza, l'obbligo può innanzitutto essere imposto da una legge (di carattere penale, e poi civilistico, amministrativo, processuale), o anche da un atto che abbia forza equiparabile alla legge quale un'ordinanza (immaginiamo un caso di epidemia in cui i componenti di un ufficio pubblico sono incaricati dal Prefetto di fare rispettare il divieto di accesso ad una determinata area, ma colpevolmente vi disattendono), e persino da un regolamento di servizio (si pensi agli addetti ad un impianto di depurazione delle acque che omettono le prescritte cautele sulla corretta chiusura di alcuni scarichi, lasciando che si riversino in mare delle sostanze tossiche), da un ordine legittimo dell'Autorità pubblica (si pensi all'affidamento di un minore abbandonato ad un istituto di beneficenza) o da un provvedimento giudiziale (come l'affidamento del minore al giudice tutelare per proteggerlo dai rischi cui lo espone la scellerata condotta dei genitori: esempio del VI sottogruppo).

---

*auna stretta cerchia di persone e a beni giuridici di particolare rilievo, è la più importante esigenza che oggi si pone sul piano giurisprudenziale”.*

Anche R. BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin-München, 1968, si pone il problema della compatibilità con il principio di legalità.

<sup>214</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 156. Come accennato, l'utilizzo di questa tecnica di tipizzazione normativa è stato piuttosto graduale: inizialmente ha coinvolto solo beni giuridici come la vita e l'integrità fisica, per poi estendersi anche alla sfera patrimoniale, in particolare ai reati fallimentari e societari. Per una buona rassegna di questa evoluzione, cfr. L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1352 ss.; G. DE VERO, *Il rapporto di causalità tra condotta ed evento*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo-C.E. Paliero, Torino, Giappichelli, 2010, p. 369.

<sup>215</sup> F. GIUNTA, *La posizione di garanzia*, cit., p. 625.

Un'altra fonte che potrebbe rientrare in questo schema è quella della *consuetudine*<sup>216</sup>. Parte della dottrina ha però osteggiato la possibilità di ricorrervi quale integrazione degli obblighi giuridici di impedire la norma: tenendo a mente la *ratio* del principio di riserva di legge, che mira ad evitare non solo gli arbitri del potere esecutivo ma anche le troppo libere interpretazioni giudiziarie, è stato notato che il ricorso alla consuetudine finirebbe per dare ingresso in via diretta nel precetto penale ad un' indefinita serie di comportamenti positivi che la *vox populi* attende da alcuni soggetti, ora in questa, ora in quella situazione<sup>217</sup>.

Tra gli *obblighi di fonte contrattuale* possiamo citare i casi degli agenti dei servizi di sorveglianza privati, di chi assiste i malati o altre persone incapaci di provvedere a se stesse, degli allenatori sportivi di bambini molto piccoli. Sono ammessi a questo fine tanto i contratti tipici quanto quelli atipici e i negozi bilaterali, che anzi – per certa dottrina – sono la reale fonte dietro un'apparente assunzione spontanea di obblighi che resta invece priva di fondamento giuridico (es: la guida alpina in pensione che si offre di accompagnare alcuni inesperti scalatori conclude un contratto atipico, pur se a titolo gratuito).

Parte della dottrina equipara a queste ipotesi anche la *negotiorum gestio*, o assunzione di un incarico senza mandato (il medico che non prestando le cure necessarie lascia morire il paziente, risponderebbe in quest'ottica di omicidio, sia che abbia assunto la cura con il consenso del secondo, sia che per l'urgenza o per lo stato in cui il malato si trovava l'incarico non gli sia stato dato espressamente). Lo stesso dicasi di colui che si sia assunto l'onere di assistere un malato trovato abbandonato<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., pp. 311 ss.

<sup>217</sup> Così G. MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, vol. IX, pp. 506-508, che sottolinea l'esorbitanza di un simile ruolo della consuetudine rispetto alla funzione che la stessa potrebbe rivestire nelle fattispecie incriminatrici, cioè quella di integrare gli elementi non essenziali del precetto.

<sup>218</sup> F. MANTOVANI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., p. 137; I. CARACCIOLI, voce *Omissione (dir. pen.)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, vol. XI, pp. 896 ss.

Va precisato che, anche secondo il formalismo di questa prima teoria, l'obbligo può essere esplicito ovvero tacito, “*derivando dalla natura del rapporto tra l'omittente e la persona a cui beneficio è comandata l'azione*”<sup>219</sup> e soprattutto che l'obbligo esiste se e solo se il contratto è valido ed efficace: se quindi un bagnino si distrae e lascia annegare una bambina in piscina senza essere contrattualmente assunto è imputabile per omissione di soccorso, non anche per omicidio colposo omissivo.

La terza fonte ammessa soltanto da parte della dottrina è il *precedente comportamento umano pericoloso dell'obbligato*: chi con la propria condotta introduce nella sfera giuridica di terzi un pericolo è tenuto a neutralizzarne gli effetti. Un esempio: chi installa sul proprio balcone un'enorme antenna televisiva deve assicurarsi di fissarla bene per evitare che cadendo possa ferire i passanti e se non lo fa, risponderà di lesioni colpose in forma omissiva. Secondo i sostenitori di tale interpretazione, “*non v'è alcuna ragione, logica o giuridica, che sia di ostacolo ad ammettere l'esistenza di un dovere di eliminare una situazione di rischio per i beni protetti creata con il proprio comportamento*”<sup>220</sup>. Tale fonte dell'obbligo è stato accolto dalla dottrina italiana su sollecitazione quasi unanime degli studiosi tedeschi. Tra i giuristi nazionali, un grande fautore ne fu il Grispigni, che argomentava come l'attività che tocca gli interessi giuridici di terzi facesse nascere il un vero e proprio dovere di adottare anche quelle misure di prevenzione per scongiurare alcun pericolo<sup>221</sup> e, d'altra parte, che colui che crea un pericolo sia obbligato ad impedire – se possibile – il degenerare dello stesso nella verifica di un evento. Anche la giurisprudenza ha talora accolto tale impostazione<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> F. MANTOVANI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., p. 128.

<sup>220</sup> G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 322. Cfr. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, XVI ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 261; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 370; Cass. pen., sez. IV, sent. 21 maggio 1998, n. 8217, in *Giust. pen.*, 2000, II, p. 174.

<sup>221</sup> F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. penale*, 1934, n. 1, p. 36 ss.

<sup>222</sup> Cfr. la condanna del proprietario di un vivaio per l'omicidio colposo del conducente di un autocarro, rimasto folgorato dal contatto tra le piante che trasportava e i fili dell'alta tensione a causa di un innalzamento del piano stradale non conforme alle norme vigenti (Cass. pen., sez. IV, sent. 10 gennaio 2013, n. 27591, Santacroce, in *CED*, 255452) o quello di un bambino schiacciato

Al contrario, la teoria formalistica non lascia alcuno spazio a particolari situazioni di vita, e rifiuta di considerarle quali autonome fonti delle posizioni di garanzia, ammettendole invece solo ed esclusivamente quali “*presupposti tipici di tipiche situazioni di obbligo. Nel giudizio di antigiuridicità, stanno dalla parte non del criterio, ma dell’oggetto della valutazione, accanto e sullo stesso piano degli elementi specifici della figura-base del reato commissivo. Ciò vale anche per i vincoli negoziali: la loro eventuale idoneità a costituire posizioni di garanzia, o a trasferire responsabilità da un soggetto ad altri, è tutta in funzione dei principi legali sulla loro validità ed operatività*”<sup>223</sup>. Così, non è il rapporto tra genitori e figli minorenni *in sé considerato* che genera l’obbligo per i primi di proteggere la vita e l’incolumità fisica dei secondi, bensì una fonte dell’ordinamento che riconosce quella situazione e stabilisce l’obbligo: ecco allora che l’obbligo sussiste tra genitori e figli, ma non tra due compagni di una stanza di collegio.

Le ragioni di una tale classificazione, che intende essenzialmente ricondursi all’indicazione sicura di una norma giuridica per fondare esplicitamente l’obbligo e stabilirne i confini, ovvero per fornire la cornice entro la quale si manifesta l’assunzione volontaria dello stesso, sono diverse: non solo la riaffermazione di una distinzione tra i precisi obblighi giuridici e il più ampio gruppo dei doveri morali, ma anche la tutela della certezza del diritto, al fine di consentire all’agente di conoscere con precisione ciò che è tenuto a fare e, di riflesso, all’interprete e ai giudici di valutare il suo comportamento attivo od omissivo secondo criteri certi. È questo un sicuro merito della teoria formale.

L’interpretazione tradizionale, tuttavia, presta il fianco ad una serie di obiezioni critiche, formulate da parte della dottrina italiana<sup>224</sup> sulla scorta delle osservazioni degli

---

da una traversa di metallo lasciata in cima ad una catasta e non assicurata, sulla quale il piccolo si era arrampicato giocando (Cass. pen., sez. IV, sent. 21 maggio 1990, n. 11112, in CED, 185061).

<sup>223</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 211.

<sup>224</sup> F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, cit., p. 118; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., pp. 21, 83; G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, cit., p. 46; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 192 ss.



studiosi tedeschi<sup>225</sup>. Il cuore del problema consiste nell'eccessivo rilievo che la teoria tradizionale dà "all'aspetto di validità ed efficacia formale del fattore genetico"<sup>226</sup>, senza cogliere la totalità delle situazioni in cui si presenta la possibilità e l'opportunità di ricorrere alla figura del reato omissivo improprio.

L'attenzione alla fonte produce una confusione sui confini della responsabilità omissiva impropria: come si noterà, ritenendo che a fondare l'obbligo basti qualsiasi norma, il risultato è l'affievolirsi della distinzione tra le categorie di reati omissivi propri e impropri che abbiamo esaminato preliminarmente alla nostra analisi.

L'altra confusione che si produce è legata alla distinzione tra responsabilità penale ed extrapenale. Se infatti l'art. 40, comma 2 viene applicato ad ogni obbligo di agire, senza vaglio di meritevolezza alcuno, significa che la legge penale rinuncia ad ogni valutazione di opportunità, costruendo una fattispecie penalistica potenzialmente su qualsivoglia norma dell'ordinamento, dimenticando che il legislatore potrebbe aver avuto l'intenzione di prevedere un obbligo civilistico o amministrativo, ma non anche una corrispondente responsabilità penale omissiva.

Tutto ciò avviene perché, essenzialmente, la teoria in esame, inseguendo la lettera della legge – *rectius*, delle leggi – che prescrivono molti obblighi, dimentica di indagare la *ratio* per cui solo alcuni obblighi sono così forti da chiedere l'impedimento dell'evento lesivo altrui, cioè non utilizza alcun filtro legato ad una logica di tutela e protezione graduale dei beni giuridici<sup>227</sup>.

Ancora, la teoria pecca per difetto: ritenendo determinante solo il dato formale della sussistenza di una valida fonte giuridica dell'obbligo, verrebbe ravvisata la responsabilità omissiva in presenza di un contratto valido anche in assenza della presa in carico, quindi della sua effettiva realizzazione; viceversa, un contratto invalido non potrebbe mai dare origine ad un obbligo giuridico, nonostante il contraente sia stato in

---

<sup>225</sup> L'attacco più radicale alla tesi tradizionale è stato mosso da F. SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*, Berlin, Leipzig, 1936, pp. 74 ss.

<sup>226</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 383.

<sup>227</sup> F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità*, cit., p. 339.

concreto chiamato all'esercizio del potere di impedimento, dopo essersi spontaneamente fatto carico dell'obbligo<sup>228</sup>.

Un ulteriore limite sarebbe la contraddizione intrinseca alla teoria formalistica, dal momento che essa comprende tra le fonti dell'obbligo anche la precedente azione pericolosa. Invero – sostengono gli autori contrari all'impostazione tradizionale – non vi è nel nostro ordinamento alcuna norma che esplicitamente obblighi il soggetto che pone in essere una situazione suscettibile di evolversi in modo pericoloso di evitare l'evento dannoso che da questa potrebbe derivare; né esiste una consuetudine in tal senso, difettando sia la costante osservanza dell'attività pericolosa come fonte, sia l'*opinio iuris*, viste le perplessità di dottrina e giurisprudenza; neppure si potrebbe ricondurla al generale principio del *neminem laedere*, che impone solo divieti e non obblighi di fare. Ancora, si obietta che una simile previsione non risponderebbe a precise esigenze di tutela, e prova ne sarebbe lo scarsissimo interesse della giurisprudenza per queste ipotesi. Invero, queste situazioni possono essere inquadrate assai più precisamente come violazioni della regola cautelare di condotta che si innesta sui reati attivi, sulla realizzazione di una determinata attività senza prendere le necessarie precauzioni<sup>229</sup>.

Per finire, il fatto che un obbligo di agire abbia natura giuridica può sì assicurare il principio di legalità, ma non è garanzia di una sufficiente aderenza al principio di tassatività: l'obbligo viene infatti frequentemente ricavato da “*principi espressi o desumibili in via interpretativa da un qualsivoglia settore dell'ordinamento giuridico*”<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 156-157.

<sup>229</sup> G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 204; G. GRASSO, *Il reato*, cit., p. 277; per la dottrina tedesca sul punto, cfr. B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, pp. 313 ss.

<sup>230</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 211.

◆ *La teoria sostanzialistico-funzionale e la distinzione tra posizioni di garanzia di controllo e posizioni di garanzia di protezione*

Negli anni Cinquanta del secolo scorso, alcuni autori tedeschi elaborarono una teoria alternativa, incentrata sul contenuto materiale dell'obbligo e sul suo ruolo all'interno del sistema di protezione di alcuni determinati beni giuridici. Tale concezione, detta sostanzialistico-funzionale, giustifica il dovere di impedimento alla luce di una vera e propria esigenza solidaristica, della necessità di una tutela dei beni giuridici i cui titolari non sono in grado di fornire un'adeguata protezione.

L'obbligo di impedimento non viene individuato e delimitato in ragione delle fonti formali, bensì di una particolare *posizione di garanzia*, un particolare vincolo di tutela che lega taluni soggetti (detti garanti) con il bene giuridico che sono chiamati a proteggere o con la fonte di rischio che sono chiamati a controllare: alla base di questa figura sta quindi la certificazione di una posizione di inferiorità, di debolezza per i titolari di alcuni beni e la costituzione, da parte dell'ordinamento, di alcuni garanti chiamati a riequilibrare tale situazione. L'identificazione della posizione di garanzia si compie non sulla base delle norme positive che attribuiscano una tale posizione, bensì in virtù del rapporto fattuale del garante con il titolare del bene protetto, ovvero con la situazione di pericolo, che si manifesta nella concreta realtà dei fatti; un ruolo centrale è inoltre riservato all'”*effettivo potere di dominio e di controllo di eventuali pericoli*”<sup>231</sup>. Al più, le norme vanno a positivizzare l'esistenza di una situazione fattuale che costringe all'azione il garante.

Secondo la teoria sostanzialistico-funzionale, le posizioni di garanzia sono classificate non in base alla loro fonte, bensì al tipo di relazione fattuale con l'evento che debbono impedire, in tre categorie<sup>232</sup>.

Il primo gruppo è quello delle posizioni di garanzia *di protezione*, che sono costruite con lo scopo di proteggere i beni giuridici riconducibili ad un unico soggetto, o ad una

---

<sup>231</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 259.

<sup>232</sup> La distinzione, inizialmente elaborata da Kaufmann, è stata ripresa nella dottrina italiana soprattutto da F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., e da G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit.

determinata classe di soggetti da una serie più o meno estesa di pericoli; i soggetti protetti sono, almeno parzialmente, incapaci di provvedere a loro stessi per età, per infermità o per una qualsiasi altra causa, o si trovano esposti a particolari rischi. Secondo alcuni autori, l'obbligo è attribuito sulla base di un preesistente rapporto giuridico tra garante e titolare del bene, in considerazione del quale al primo viene affidato il compito di tutela<sup>233</sup>. In questi casi, la dimensione relazionale si sviluppa tra il garante (A) e chiunque metta in pericolo il bene giuridico da proteggere (B), ovvero con il titolare del bene stesso che tenga una condotta autolesiva (V).

Rientrano in questa categoria anzitutto gli obblighi che nascono all'interno della famiglia, con i genitori e i coniugi tenuti alla protezione della vita e dell'incolumità dei minori o dell'altro coniuge, nonché le situazioni a queste assimilabili come la convivenza *more uxorio*, o un collaudato rapporto di coabitazione in una stessa casa o in un monastero<sup>234</sup>.

Molti altri doveri possono nascere perché il garante si assume volontariamente il compito di protezione di uno o più beni determinati, tanto personali quanto patrimoniali; tuttavia, secondo la teoria in esame è essenziale che vi sia un'effettiva presa in carico dell'obbligo: il bagnino non risponde quindi se, dopo essersi proposto di impegnarsi nel soccorso dei bagnanti, non ha effettivamente raggiunto i paraggi della piscina. È interessante notare che l'elemento rilevante per fondare la responsabilità di chi omette non è la assicurazione, cioè l'affidamento che la presenza del garante induce nel titolare del bene giuridico: l'ordinamento non punisce il garante per essere rimasto inerte dopo aver indotto un affidamento fasullo nel titolare, bensì per aver mancato di proteggere il bene stesso che, con l'assunzione della protezione di garanzia, aveva ricevuto maggiori oggettive *chances* di protezione, a patto però di un'effettiva presa in

---

<sup>233</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 169.

<sup>234</sup> Per la derivazione giurisprudenziale di obblighi da fonte non scritta, cfr. Cass. pen., sent. 9 luglio 1998, in *Dejure*. Per l'imputazione al genitore dell'omicidio del figlio voluto da altri parenti, Cass. pen., sent. 1° febbraio 1935, in *Giust. pen.*, 1937, II, p. 932; per una sentenza che invece nega il reciproco obbligo per il figlio di proteggere la vita del padre, cfr. Cass. pen., sent. 21 dicembre 1932, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 765. È responsabile la madre che non tutela la libertà sessuale della figlia minorenni (Cass. pen., sent. 15 aprile 1940, in *Giust. pen.*, 1940, IV, p. 472; Cass. pen., sent. 20 febbraio 1988, in *Cass. pen.*, 1989, n. 39).

carico, cioè che il garante sia posto nella situazione fattuale per poter concretamente svolgere il suo compito. Ancora: in presenza di un accordo contrattuale, ciò che rileva non è la validità o l'efficacia del negozio o del rapporto, bensì la volontà del garante, e non dell'altro contraente, unitamente alla concreta presa in carico del bene giuridico oggetto di protezione (anche in presenza di un contratto nullo, il bagnino che si reca sul posto di lavoro e non salva chi sta affogando, è responsabile).

Vi sono poi le posizioni di garanzia *di controllo*, che si traducono nel neutralizzare tutti i rischi legati ad una determinata fonte, e sono dettati a beneficio non solo di alcuni soggetti, ma di chiunque possa essere interessato da tali pericoli. In un'altra definizione, si sottolinea che i beni protetti devono ricadere sotto “*i poteri giuridici di signoria del garante, onde i soggetti minacciati non potrebbero autoproteggersi se non con una ingerenza nella sfera giuridica altrui*”<sup>235</sup>. Nella prospettazione della teoria sostanzialistico-funzionale, infatti, questi obblighi “*derivano anzitutto dalla presenza di un potere di organizzazione o di disposizione relativo a cose o situazioni potenzialmente pericolose*”<sup>236</sup>, dal momento che nessun garante potrebbe svolgere il proprio ruolo senza un'investitura di natura pubblica o privata<sup>237</sup>.

Alcune posizioni di garanzia sono quindi individuate a partire dal ruolo o dalla posizione sociale di alcuni soggetti a fronte di possibili eventi dannosi, come per i proprietari di automobili, di edifici, di impianti sportivi: dato che questi hanno il potere di governare i rischi inerenti a queste attività, rispondono delle conseguenze della loro omissione. È la medesima logica secondo cui il datore di lavoro è costituito garante della sicurezza dei lavoratori, e secondo cui gli esercenti un pubblico servizio o pubblico impiego sono chiamati ad intervenire a fronte di calamità naturali o di situazioni pericolose (protezione civile, soccorritori, autorità locali poste a tutela della salute dei cittadini).

---

<sup>235</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 170.

<sup>236</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 386.

<sup>237</sup> G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 190; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 320.

Un secondo gruppo deriva dalle relazioni di educazione, istruzione, cura e custodia, in cui i garanti (genitori, tutori, medici, infermieri, maestri) sono chiamati a prevenire i danni che soggetti deboli per età o infermità fisica o mentale possano recare a sé o ad altri, pur con una limitazione dei poteri di direttiva che eviti l'eccessiva compressione della libertà personale.

Anche secondo la teoria funzionalistica, gli obblighi possono poi essere *trasferiti contrattualmente*. Parte della dottrina sostiene che sia imprescindibile per il trasferimento dell'obbligo che il dante causa si trovi in una posizione di signoria sulla fonte, cioè che l'oggetto dell'obbligo di protezione o di controllo ricada nella sfera di appartenenza del titolare, sia per l'impossibilità di trasferire un obbligo di cui non si è ad ogni effetto titolare, sia per evitare il proliferare di fonti di diritto privato che possano far sorgere obblighi giuridici<sup>238</sup>. Diversamente, secondo altri studiosi, non è del tutto necessario che il dante causa abbia una piena signoria sulla fonte del pericolo o sull'oggetto di protezione: essa è sì implicata in generale, ma dal contratto può nascere un dovere specifico che il garante originario affida all'avente causa proprio perché quest'ultimo è in grado di svolgerlo meglio del primo, in quanto più vicino alla fonte del pericolo. Ad esempio, se il sindaco di una cittadina non dispone dei mezzi necessari per un controllo accurato delle emissioni di una raffineria petrolchimica, può affidare a tecnici specializzati il compito di monitorarle. Inoltre, non è necessario che all'accordo contrattuale partecipi il titolare del bene protetto (pensiamo anche allo spettatore di una gara di nuoto che all'insaputa dell'atleta poco esperto, suo beniamino, assuma un barcaio per soccorrerlo in caso di difficoltà)<sup>239</sup>. Naturalmente, la teoria in esame impone un'accurata verifica della trasmissione non solo dell'obbligo, ma anche dei relativi poteri, senza i quali non si può concretamente instaurare un rapporto di

---

<sup>238</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 199.

<sup>239</sup> F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 195; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 150; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 264.

controllo o di protezione, e dunque non sorge responsabilità<sup>240</sup>; allo stesso modo, il garante originario viene liberato solo se non ha più alcun potere concreto sulla situazione oggetto dell'obbligo; anche nell'ambito della delega di funzioni, questa sistematica si concentra più sull'effettività dei poteri dei delegati, che sui criteri formali della delega<sup>241</sup>.

Infine, anche secondo la teoria sostanzialistica, gli obblighi possono derivare dalla propria pericolosa azione precedente; essa non rileva come fonte in sé, quanto piuttosto come condotta che determina quella relazione fattuale tra garante e fonte, o tra garante e soggetto protetto da cui scaturiscono i vari obblighi.

Alla teoria sostanzialistico-funzionale vanno senza dubbio riconosciuti alcuni meriti: in primo luogo, essa adotta un criterio universale per distinguere quali tra i vari doveri di agire siano autenticamente obblighi di garanzia, cioè di impedimento di un fatto: il rapporto fattuale di garanzia tra chi è chiamato ad agire e la fonte di pericolo o la situazione da proteggere è infatti presente sia per i casi di assunzione volontaria dell'obbligo, sia per i casi che sono disciplinati dalla legge, sia per i vincoli di carattere privatistico. Il criterio permette quindi di distinguere efficacemente i veri e propri obblighi di impedimento dai meri obblighi di intervenire. Inoltre, questa teoria esprime con particolare pregnanza il ruolo sociale della responsabilità omissiva, e la sua ispirazione alla matrice solidaristica dell'ordinamento.

Nondimeno, anche la teoria funzionale evidenzia alcune problematiche. Da un lato, infatti, proprio la pluralità di possibili strumenti per l'individuazione e la delimitazione delle forme di garanzia, fa sorgere il dubbio che il legislatore e gli interpreti

---

<sup>240</sup> Cfr., relativamente alla pluralità di agenti, Cass. pen., sent. 29 aprile 1991, in CED, n. 191802; Cass. pen., sent. 27 febbraio 2002, in CED, n. 220954; Cass. pen., sent. 143 febbraio 2003, in CED, n. 223753.

<sup>241</sup> Cfr., per es., Cass. pen., sent. 3 marzo 1998 e Cass. pen., sent. 26 febbraio 1998, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 364, cui aderisce F. CENTONZE, *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale: un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*, *ivi*, p. 369. Ulteriori sviluppi in T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 263.

si muovano sulla scorta di scelte improntate alle necessità impellenti, più che ad una ragionata e attenta commisurazione delle necessità di applicare una sanzione in questa o quella ipotesi, e che i tentativi della dottrina di scorgere una ricomposizione di tali logiche inseguano una realtà troppo casistica e frammentaria<sup>242</sup>. In proposito, secondo alcune opinioni, le applicazioni pratiche della giurisprudenza italiana e tedesca proverebbero come questa teoria abbia in concreto dato origine ad una serie più estesa di obblighi di impedimento<sup>243</sup>; è nostra opinione che un simile dato sia di per sé neutro, e non necessariamente identificabile come un difetto, specialmente aderendo ad una concezione non più esclusivamente liberale ma anche solidaristica dell'ordinamento e dovendo rispondere alla necessità di individuare nuovi garanti per sempre nuove situazioni pericolose.

Il vero problema resta piuttosto quello del rispetto del principio di legalità e determinatezza. L'approccio funzionalistico non riesce infatti a superare le problematiche legate all'incertezza della fonte dell'obbligo giuridico, e dunque al rispetto dei principi di riserva di legge e tassatività. Una soluzione potrebbe essere la ricerca di una norma, per quanto extrapenale, che definisca il potere del garante. Tuttavia, questa opzione non risolve il problema: si tratterà in ogni caso di una norma sottoposta ad un minore rigore rispetto all'ambito penalistico. Come conseguenza, *“posto che la vera funzione selettiva delle situazioni di garanzia penalmente rilevanti viene pur sempre affidata all'impiego di criteri funzionali, ancora più decisivo in termini di legalità e certezza risulterà il modo di ricostruire la funzione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento: solo che, essendo in proposito insufficienti gli appigli forniti dallo stesso art. 40 cpv., l'interprete finisce con l'usufruire, nel determinare sfera di operatività e limiti delle fattispecie omissive improprie, di amplissimi margini di ‘discrezionalità’”*<sup>244</sup>. Viene in altre parole elisa la portata garantistica del principio di legalità, dal momento che la valutazione dell'esistenza della responsabilità è sottratta al legislatore e ascritta al singolo interprete e organo giudicante,

---

<sup>242</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 644.

<sup>243</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 157.

<sup>244</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 644.



che è quindi chiamato a compiere valutazioni di politica criminale esorbitanti dalle sue funzioni<sup>245</sup>. Come ha osservato attenta dottrina, l'art. 40, comma 2 pone gli interpreti davanti ad “*un’alternativa inquietante: o la posizione di garanzia [...] non è prevista dalla legge, e allora è violato il principio della riserva di legge, o è invece prevista, ma con scarsamente tollerabile genericità e approssimazione, e allora è violato il principio di determinatezza*”<sup>246</sup>.

Non va dimenticato, inoltre, l’inserimento del comportamento pericoloso antecedente tra le fonti della posizione: la sua presenza non è contraddittoria come avveniva per la teoria formalistica, ma presenta in ogni caso non pochi problemi strutturali, per esempio in ordine alla distinzione tra condotta attive e omissiva<sup>247</sup>.

#### ◆ La teoria mista

Diversi autori hanno proposto una sintesi dei due approcci contrapposti di cui abbiamo parlato. Oggi, infatti, la dottrina italiana si orienta in prevalenza sulla cosiddetta teoria mista, che fonda l’obbligo di impedimento su due requisiti: da un lato, la presenza di una fonte giuridica formale; dall’altro, la funzione di garanzia.

La reciproca integrazione tra le due teorie dovrebbe condurre a sanare i difetti dell’una e dell’altra, la mancata chiarezza circa il vero contenuto materiale dell’obbligo della teoria formale e la troppo scarsa importanza che la teoria sostanzialistico-funzionale attribuisce al sostrato normativo degli obblighi. La strada, tuttavia, si presenta in salita: alcuni autori sostengono che permarrebbe il problema di fare ricorso ad una norma extrapenale, con un giudizio di meritevolezza diverso da quello dell’ordinamento penalistico, nonché la troppo ampia discrezionalità di cui beneficia l’interprete nella ricostruzione dei criteri funzionali che selezionano gli obblighi: “*la legittimità dell’art. 40*

---

<sup>245</sup> G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., pp. 192-193.

<sup>246</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 392; sulla problematica convivenza tra riserva di legge e art. 40, cfr. F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, Giappichelli, 1993, vol. VII, pp. 354 ss.

<sup>247</sup> F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità*, cit., p. 340.

*cpv. e della stessa costruzione generale dei delitti commissivi mediante omissione appare precaria, poiché l'obbligo (formale) di impedire, o meglio, la posizione (sostanziale) di garanzia in cui esso si estrinseca, non è per il singolo soggetto o per le singole categorie di soggetti determinati, prevista chiaramente dalla legge*<sup>248</sup>. E neppure si potrebbe sostenere che tale norma costituisca un fondamento generale dell'obbligo del garante, da declinare in relazione alle singole norme attributive di questo o quel potere, poiché la previsione difetterebbe in ogni caso dell'indicazione del soggetto che diventa garante e del momento in cui assume l'obbligo di impedimento. Da qui, l'alternativa inquietante: o la posizione di garanzia non è affatto prevista dalla legge, in flagrante violazione del principio di legalità<sup>249</sup>, o è sì prevista, ma con un troppo scarso grado di determinatezza, e con conseguente violazione di un altro principio cardine del diritto penale.

È possibile un'integrazione tra le diverse teorie che eviti di cadere in questa alternativa? Sono stati introdotti numerosi approcci tesi a sostituire o almeno ad integrare i tradizionali criteri giuridico-formali con nuovi criteri di tipo materiale e contenutistico, legati alla specifica funzione che può essere attribuita alla responsabilità commissiva mediante omissione.

Una prima alternativa consiste nell'abbandonare la pretesa di un criterio univoco abbinato ad una norma di parte generale per la fondazione e selezione delle posizioni di garanzia, a fronte di un approccio casistico in cui il legislatore esemplifica, o descrive in modo esaustivo, quali tipi di norma sono adatte a fondare tali posizioni, individuando altresì i beni oggetto di tutela<sup>250</sup>.

Un'altra possibilità, ancora più radicale, è che il legislatore disciplini singole posizioni di garanzia per le singole fattispecie attive di parte speciale (o per gruppi omogenei di fattispecie), con una puntuale – e forse inverosimile – individuazione dei soggetti garanti caso per caso<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 392.

<sup>249</sup> E tuttavia, v. contra F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., pp. 115 ss.

<sup>250</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 393.

<sup>251</sup> *Ivi*, p. 393; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 644.

C'è chi ha suggerito un'indagine di natura funzionale per valutare quali, tra gli obblighi a cui potenzialmente si riferisce l'art. 40, abbiano il contenuto e il significato tipico di obblighi di garanzia, verificando alcune caratteristiche: che si tratti di obblighi di impedimento, e non di semplici obblighi di segnalazione o di attivarsi in presenza di un pericolo; che esprimano un'istanza di tutela di un bene giuridico in modo diretto (attraverso la protezione dei titolari degli interessi) o indiretto (attraverso il controllo delle fonti di rischio); che il titolare del bene protetto sia in tutto o in parte incapace di proteggerlo da uno o più pericoli; che si tratti di obblighi connotati da una duplice specialità nei destinatari e nell'oggetto della protezione; che la protezione sia il contenuto immediato dell'obbligo, e non solo un contenuto accessorio o di riflesso<sup>252</sup>.

Il maggior pregio di questa ricostruzione è, senza dubbio, quello di valorizzare l'importanza di entrambi questi elementi, che esprimono due esigenze ben diverse: da un lato, la certezza del diritto e il rispetto del principio di legalità, che viene assicurato proprio dall'esigenza che sia presente una fonte giuridica; dall'altro, l'assicurazione di un ben preciso scopo di protezione o di controllo che guidi l'attività del garante e giustifichi questa forma di responsabilità<sup>253</sup>. Va inoltre sottolineato che secondo questa prospettazione, è centrale che il garante sia dotato di quegli specifici poteri che *nella situazione concreta* consentono effettivamente di agire efficacemente<sup>254</sup>.

Il rischio principale, tuttavia, è – quasi ironicamente – assommare le incertezze delle due concezioni formale e funzionale: da un lato, l'ampiezza delle fonti formali individua potenzialmente molti e diversi obblighi di impedimento, e può accadere che sia data per scontata l'esistenza di adeguati poteri in capo al garante, in realtà carenti o del tutto assenti; dall'altro, la genericità del criterio della posizione qualificata con funzione di garanzia, lungi dallo svolgere quell'operazione di selezione che gli competerebbe, resta particolarmente incerto, dando origine ad applicazioni diverse in

---

<sup>252</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., pp. 242-262. In senso adesivo, cfr., per es., L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., pp. 1363 ss.

<sup>253</sup> F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità*, cit., p. 340.

<sup>254</sup> F. D'ALESSANDRO, *Art. 40*, cit., p. 544.

casi singoli; inoltre, sotto l'etichetta di "teoria mista" si finisce spesso per adottare la teoria sostanziale, senza indagare quindi il fondamento normativo di alcune posizioni di garanzia. Il risultato di questa sintesi incompiuta varierebbe molto a seconda dei casi, ora traducendosi in un'espansione incontrollata degli obblighi di impedimento fondati su generiche fonti formali (come la funzione sociale della proprietà di cui all'art. 41 Cost., o il dovere di sorveglianza dei sindaci delle società commerciali), ora nella negazione della suddetta responsabilità anche laddove la situazione fattuale suggerirebbe di affermarla (per esempio, per la commissione di reati in presenza delle forze dell'ordine, o per la protezione dei beni patrimoniali)<sup>255</sup>.

#### 3.2.4. Il confronto con l'ordinamento tedesco

Per continuare l'indagine su quale possa essere l'approccio più fecondo alla problematica delle fonti degli obblighi di impedimento, è opportuno spendere qualche parola sulle soluzioni esplorate dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca.

In Germania, prima della modifica che nel 1975 ha introdotto nello StGB il § 13, mancava una clausola generale di significato corrispondente a quello dell'art. 40, comma 2 del nostro codice penale. La giurisprudenza e la dottrina giungevano in ogni caso ad ammettere la punibilità di questi reati, pur tra le numerose perplessità legate alla violazione del principio di legalità; va inoltre considerato che in questo modo la scelta dei casi in cui prevedere gli obblighi di impedimento era tutta rimessa agli interpreti e in particolare ai giudici, chiamati quindi a svolgere, in modo diffuso e del tutto incontrollato, scelte di politica criminale<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 190-192; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 157-158.

<sup>256</sup> Su questi problemi, cfr. A. KAUFMANN, *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, in *Juristische Schulung*, 1961, p. 175; G. GRÜNWARD, *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1958, p. 417, H.H. JESCHECK-H.G. GOLDMANN, *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1965, p. 144.

Il § 13 è una norma in gran parte sovrapponibile all'art. 40, comma 2 del nostro c.p.:

“1. Chi omette di evitare un evento, che appartiene alla fattispecie di una norma incriminatrice, può essere punito ai sensi di tale norma, se aveva l'obbligo giuridico di impedire che l'evento si verificasse, e se l'omissione corrisponde alla realizzazione del fatto tipico mediante l'azione.

2. La pena può essere diminuita ai sensi del § 49, comma 2”<sup>257</sup>.

Come si nota, le differenze riguardano, essenzialmente, la presenza della c.d. “clausola di corrispondenza” e la possibilità, affermata dal comma 2, di diminuire la pena per chi non realizza direttamente un evento, ma omette di impedirne la realizzazione.

La vaghezza della norma impone naturalmente, per evitare che si generi un contrasto con il principio costituzionale di necessaria determinatezza delle norme penali, una limitazione della responsabilità omissiva impropria esclusivamente ai casi dove il dovere di impedire sia chiaramente affermato; per la dottrina tedesca, ciò equivale a rintracciare il fondamento delle posizioni di garanzia<sup>258</sup> le quali sono la fondazione del

---

<sup>257</sup> Ecco il testo originale, reperibile sul sito del Ministero della Giustizia ([https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_13.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_13.html)): § 13 Begehen durch Unterlassen -

“(1) Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.

(2) Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden”.

<sup>258</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H. Beck, München, 2003, cap. 31, par. 79 ss.; U. KINDHÄUSER, Sub § 13, in *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, V ed., Nomos, Baden-Baden, 2013, par. 9.

dovere di impedimento e sono tradizionalmente ritenute caratteri di tipicità non scritti dei reati omissivi impropri<sup>259</sup>. Fondamentalmente sono due i possibili approcci<sup>260</sup>.

La sistematica tradizionale, discussa già nel XIX secolo, seguita dal *Reichsgericht* e dalla prima giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* e poi ulteriormente sviluppatasi, divide sostanzialmente le posizioni di garanzia secondo le tre fonti formali della legge, del contratto e del comportamento pericoloso antecedente (*Ingerenz*). È rimasta senza una risposta chiara la domanda se fosse opportuno estendere ovvero ridurre questa triade: Feuerbach aveva proposto di limitare le fonti esclusivamente alla legge e al contratto<sup>261</sup>; la c.d. teoria materiale degli anni Trenta del XX secolo rifiutava al contrario ogni limitazione formale che comprimesse il novero degli obblighi penalmente rilevanti rispetto agli obblighi di agire disciplinati da leggi non penali<sup>262</sup>; infine, i giudici del *Reichsgericht* tentarono di superare questa teoria per promuovere il riconoscimento di

---

<sup>259</sup> J. WESSELS-W. BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Straftat und Ihr Aufbau*, XLII ed., Müller, Karlsruhe, 2012, p. 364; BGH 29 maggio 1961, GSSt 1/61, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen* (BGHSt) 16, 158; G. ARZT, *Zur Garantstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1980, p. 553; B. SCHÜNEMANN, *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1984, p. 304.

<sup>260</sup> Per alcune osservazioni d'insieme in senso critico, v. W.B. SCHÜNEMANN, *Zur Garantstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, a cura di M. Böse-D. Sternberg-Lieben, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, pp. 309 ss.; H. KUDLICH, Sub § 13, in *StGB Kommentar*, a cura di H. Satzger-B. Schmitt-G. Widmaier, I ed., Köln, C. Heymanns, 2009, par. 16 ss.; G. FREUND, Sub § 13, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di W. Joecks-K. Mießbach, II ed., München, Beck, 2012, par. 105 ss.

<sup>260</sup> Cfr., per es., BGH, sent. 12 febbraio 1952, 1 StR 59/50, in BGH 2, 153; BGH, sent. 29 novembre 1963, 4 StR 390/63, in BGH 19, 168.

<sup>261</sup> P.J. A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, a cura di C.J.A. Mittermaier, XIV ed., Heyer, Giessen, 1847, p. 24.

<sup>262</sup> Cfr., in particolare, S. KISSIN, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten*, Breslau, 1933, *passim*, nonché H. OTTO-J. BRAMMSEN, *Die Grundlagen der Strafrechtliche Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, in *Juristische Ausbildung*, 1985, p. 533.

“specifiche situazioni di comunioni di vita” (*enger Gemeinschaft*) quale quarta possibile fonte di obblighi<sup>263</sup>.

Molte le obiezioni a quest’ultima teoria avanzate dagli stessi studiosi tedeschi, e proprio alla luce del principio di determinatezza, irrinunciabile in ambito penalistico. In primo luogo, senza connotati ulteriori, il concetto di *Ingerenz* sembra applicabile a moltissime situazioni<sup>264</sup>. La nozione di “specifiche comunioni di vita” presenta non solo limiti incerti, ma anche una distinzione troppo precaria rispetto ai semplici doveri morali che non possono dare origine agli obblighi di impedimento<sup>265</sup>. Il contratto, da parte della giurisprudenza<sup>266</sup>, viene ritenuto una fonte non solo inutile, ma neppure necessaria per determinare un obbligo di impedire un evento<sup>267</sup>: così, da un lato, il

---

<sup>263</sup> R. BUSCH, *Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, a cura di H. Conrad-H. von Weber-H. Welzel, Bonn, Röhrscheid, 1963, pp. 192 ss.; J. NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in *Der Gerichtssaal*, 1938, pp. 1 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, cit., pp. 287 ss.; J. WELP, *Vorangegangenen Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1968, pp. 25 ss.

<sup>264</sup> T. WEIGEND, sub § 13, in *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, a cura di H.W. Laufhütte-R. Rissing-van Saan-K. Tiedemann, XII ed., Berlin, De Gruyter, 2006, par. 21; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, cit., cap. 32, par. 14; B. SCHÜNEMANN, *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, cit., pp. 308 ss.

<sup>265</sup> R. BUSCH, *Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens*, cit., p. 199; R. HONIG, *Die Intimsphäre als Kriterium strafbaren Begehens durch Unterlassen*, in *Festschrift für Friederich Schaffstein zum 70. Geburtstag*, a cura di G. Grünwald et al., Göttingen, Schwartz, 1975, pp. 91 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, cit., cap. 32, par. 15; M. SEEBODE, *Zur gesetzlichen Bestimmtheit des menschlichen Unterlassungsdelikts*, in *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, a cura di M. Seebode, Berlin, De Gruyter, 1992, pp. 328 ss; K. SEELMANN, *Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik*, in *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1989, p. 243; G. STRATENWERTH-L. KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, VI ed., München, Vahlen, 2011, cap. 13, par. 38; in senso critico, T. RÖNNAU, nota a BGH, 24/07/2003, 3 StR 153/03, in *Juristische Rundschau*, 2004, p. 158.

<sup>266</sup> BGH, sent. 16 novembre 1993, 4 StR 648/93 in BGH 39, 392.

<sup>267</sup> T. WEIGEND, sub § 13, in *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, cit., par. 21; T. FISCHER, sub §13, in *Kommentar zum StGB und Nebengesetzen*, LIX ed., München, Beck, 2012, par. 20; S. VON COELLN, *Das „rechtliche Einstehenmüssen“ beim unechten Unterlassungsdelikt*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p. 91; G. JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 1995, pp. 14 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, cit.,

*babysitter* che non entra in servizio non è gravato di tale dovere, ma, dall'altro, se la relazione fattuale con il bambino si stabilisce, quest'obbligo non viene meno per la nullità del contratto. Anche le regole contrattuali di *compliance* e le clausole di salvaguardia non possono fondare di per sé una posizione di garanzia: in virtù dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità del diritto penale, infatti, non ogni violazione della buona fede o delle regole contrattuali può comportare tale conseguenza. A simili censure è inoltre possibile sottoporre il criterio alternativo della c.d. "assunzione fattuale" dell'obbligo (*tatsächliche Übernahme*)<sup>268</sup>. Persino la fonte della legge, secondo i critici, è una fonte che dovrebbe allo stesso tempo subire una restrizione e un ampliamento<sup>269</sup>: perché infatti sia pienamente rispettato il canone della determinatezza, è necessario fare riferimento a criteri complementari, secondo cui decidere, attraverso un'opera di interpretazione, se e a quali condizioni una norma detti effettivamente un dovere di impedimento oppure no. Per esempio, occorre che l'interprete valuti se ai sensi del § 1353 BGB, che disciplina il dovere di assistenza tra i coniugi, uno di loro possa essere considerato garante anche qualora il matrimonio sia puramente formale e non sia anche accompagnato da una comunione di vita; oppure, è incerta la responsabilità del garante in caso di truffa dei sussidi assistenziali (§ 60, comma 1, *Sozialgesetzbuch*)<sup>270</sup>. Per tutti questi motivi, dottrina e giurisprudenza si sono orientate verso il riconoscimento di una fonte materiale del dovere di garanzia, che assorbe in sé la casistica più tradizionale.

---

cap. 32, par. 13; K. SEELMANN, *Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik*, cit., p. 243; W. STREE, *Garantenstellung kraft Übernahme*, in *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, a cura di F. Geerds-W. Naucke, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 150 ss.

<sup>268</sup> R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, De Gruyter, 1972, p. 354; W. STREE, *Garantenstellung kraft Übernahme*, cit., pp. 152 ss.

<sup>269</sup> T. WEIGEND, Sub § 13, in *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, cit., par. 21; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, cit., cap. 32, par. 11; K. SEELMANN, *Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik*, cit., p. 243.

<sup>270</sup> K. GAEDE, Sub §263, in *AnwaltKommentar StGB*, a cura di K. Leipold-M. Tsambikakis-M.A. Zöller, Karlsruhe, C.F. Müller, 2010, par. 41; P. BRINGEWAT, *Sozialrechtliche Mitwirkungs„pflichten“ und Sozial(leistungs)betrug*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2011, pp. 131 ss.



Questa seconda prospettazione<sup>271</sup> si fonda, essenzialmente, sulla distinzione, che risale ad un fondamentale studio di Kaufmann, tra obblighi di sicurezza (*Sicherungspflichten*) e obblighi di custodia (*Obhutspflichten*), a cui corrisponde la distinzione tra posizioni di garanzia di protezione (*Obhutsgarantenstellungen* o *Beschützerгарantenstellungen*) e posizioni di garanzia di controllo (*Sicherungsgarantenstellungen* o *Überwachungsgarantenstellungen*)<sup>272</sup>. Le posizioni di protezione, solitamente estese a ricomprendere la tutela di un determinato bene o di un determinato soggetto da ogni possibile lesione, possono tuttavia essere funzionalmente limitate, come nel caso del medico che certamente dovrà preoccuparsi delle condizioni di salute dei propri pazienti, ma in alcun modo potrà essere considerato responsabile per non aver evitato l'assassinio di questo ad opera di un folle. Il cuore del problema di questa concezione funzionale risiede tuttavia nel fatto che essa offre una sistematizzazione, ma non illustra perché e in che misura un soggetto dovrebbe essere definito garante<sup>273</sup>: l'attribuzione della qualifica di garante, preordinata all'imputazione

---

<sup>271</sup> In argomento, per citare solo le monografie più recenti, si può fare riferimento a: J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1987; G. FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, Köln, C. Heymanns, 1992; J. VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungssdelikten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993; A. GRÜNEWALD, *Zivilrecht begründete Garantenpflichten im Strafrecht?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001; S. VON COELLN, *Das „rechtliche Einstehenmüssen“ beim unechten Unterlassungssdelikt*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008.

<sup>272</sup> ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungssdelikte*, Göttingen, Schwartz, 1959, pp. 283 ss., ma in senso critico T. WEIGEND, sub § 13, in *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, cit., par. 22; si veda anche J. NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, cit., pp. 60 ss.; J. BAUMANN-U. WEBER-W. MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, XI ed., Bielefeld, Gieselking, 2003, cap. 15, par. 46 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, VII ed., München, Vahlen, 2012, cap. 18, par. 43 ss.; G. FREUND, Sub § 13, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., par. 92 ss.

<sup>273</sup> T. WEIGEND, Sub § 13, in *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, cit., par. 22; W. STREE-N. BOSCH, Sub § 13, in A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, a cura di T. Lenckner-A. Eser-W. Stree-J. Eisele-G. Heine-W. Perron-D. Sternberg-Lieben, XXVIII ed., München, Beck, 2010, par. 9; J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, cit., p. 134; A. GRÜNEWALD, *Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?*, cit., p. 21; C. MÜHE, *Mobbing am Arbeitsplatz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 221; K. KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., cap. 18, par. 46; B. SCHÜNEMANN, *Die Unterlassungssdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, cit., p. 305.

della responsabilità omissiva impropria, avviene sulla base di alcune circostanze fattuali; in sostanza, le persone non sono responsabili in quanto garanti, ma sono garanti in quanto responsabili<sup>274</sup>. È inoltre stato sottolineato che vi sono casi di lampanti sovrapposizioni tra le due tipologie di obblighi, e anche il *Bundesgerichtshof* ha affermato che l'attribuzione di una posizione di garanzia di controllo di una fonte comporta il dovere di proteggere i beni giuridici da questa minacciata e, viceversa, che la posizione di garanzia di protezione implica una sorveglianza sul bene protetto e sui pericoli che questa può generare<sup>275</sup>.

Alcune prospettazioni alternative della teoria funzionalistica distinguono poi tra obblighi legati ad una competenza all'interno di un'organizzazione (*Organisationszuständigkeit*) e obblighi legati ad una posizione istituzionale (*institutionelle Zuständigkeit*)<sup>276</sup>, con la differenza che nel primo caso gli obblighi possono essere cancellati in virtù dell'accordo contrattuale o della libertà di organizzazione, mentre gli

---

<sup>274</sup> H. KUDLICH, Sub § 13, in *StGB Kommentar*, cit., par. 16; J. BAUMANN-U. WEBER-W. MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., cap. 15, par. 50; K. KÜHL, *Die Übernahme von Beschützer- und Überwachungsgarantenstellungen*, in *Höchststrichterliche Rechtsprechung – Internet Zeitschrift*, 2008, pp. 359 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II ed., Berlin, De Gruyter, 1991, cap. 29, par. 27; M. PAWLIK, *Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1999, p. 339; K. ROGALL, *Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1986, p. 614; G. STRATENWERTH-L. KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., vol. I, cap. 13, par. 15; H.H. JESCHECK, *Probleme des unechten Unterlassungsdelikts in rechtsvergleichender Sicht*, in *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrechts*, 1993, pp. 124 ss.; J. F. PERDOMO TORRES, *Garantenpflichtungen aus Vertrautheit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, pp. 35 ss.

<sup>275</sup> BGH, sent. 17 luglio 2009, 5 StR 394/08, in BGH 54, 44; G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., cap. 29, par. 27; M. PAWLIK, *Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten*, cit., p. 339. Criticamente, tuttavia, v. G. DANNECKER-C. DANNECKER, *Die 'Verteilung' der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen*, in *Juristenzeitung*, 2010, p. 983.

<sup>276</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., cap. 29, par. 28 ss.; su posizioni simili G. FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, cit., pp. 159 ss., p. 177; in senso critico, v. J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, cit., pp. 141 ss.; A. GRÜNEWALD, *Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?*, cit., p. 28; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, cit., cap. 32, par. 23 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, in *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, a cura di E. Gimbernat-B. Schünemann-J. Wolter, Heidelberg, 1995, pp. 56 ss.

obblighi del secondo gruppo non sono disponibili, in quanto si tratta di conseguenze di una realtà in cui due soggetti interagiscono tra loro. Schünemann ha inoltre proposto una distinzione, all'interno del concetto da lui stesso introdotto di "dominio sull'origine dell'evento" (*Herrschaft über den Grund des Erfolgs*), tra la "signoria sulla necessità di tutela di un bene giuridico" (*Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsgut*) e la "signoria di fatto sulla fonte del pericolo" (*Sachherrschaft über den Gefahrenherd*), precisando che la seconda può di per sé identificare quali pericoli un soggetto garante possa scongiurare, ma la sua azione non è ancora obbligatoria finché non interviene il primo tipo di signoria<sup>277</sup>.

Nel tentativo di legare la formulazione degli obblighi di garanzia ad una particolare e concreta necessità di tutela dei beni giuridici, gli studiosi hanno ricercato alcuni "principi materiali", che esprimono la relazione tra il potenziale garante e il titolare del bene stesso, e la qualificano in modo tale che la naturale conseguenza sia l'insorgere dell'obbligo stesso. Il principio materiale che legittima il dovere di agire per quanto riguarda gli obblighi di protezione, è l'affidamento del bene da proteggere (*Vertrauensprinzip*). Non è tuttavia sufficiente il mero fatto che sia intervenuto un affidamento nelle mani del garante che si assume la responsabilità, ma occorre anche, per così dire, che di lui ci si possa fidare, cioè che siano presenti circostanze sulla base delle quali possa essere costruito un giudizio normativo di legittimità dell'affidamento<sup>278</sup>. Il BGH ha affermato che il fondamento di tutte le posizioni di garanzia di protezione è il fatto che una determinata persona sia chiamata a proteggere un bene giuridico in un certo modo, e che tutti i soggetti coinvolti siano effettivamente in grado di svolgere il loro compito<sup>279</sup>. Per quanto riguarda invece le posizioni di controllo, viene in considerazione la "responsabilità del pericolo"

---

<sup>277</sup> B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., pp. 229 ss.; ID., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, C. Heymanns, 1979, pp. 88 ss.; ID., *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, cit., pp. 293 ss.

<sup>278</sup> B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., pp. 251 ss.; W. STREE, *Garantenstellung Kraft Übernahme*, cit., p. 154; M. MAIWALD, *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, in *Juristische Schulung*, 1981, p. 481.

<sup>279</sup> BGH, sent. 25.7.2000, 1 StR 162/00, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, pp. 3013 ss.

(*Gefahrverantwortlichkeit*) come conseguenza dell'immissione di un fattore di rischio nell'ordinamento<sup>280</sup>; vengono così assunti nel diritto penale – con determinate limitazioni – alcuni principi civilistici che regolano la certezza e la sicurezza nello scambio dei beni e degli interessi, attribuendo obblighi ai soggetti coinvolti nel negozio o nell'atto giuridico per neutralizzare il rischio che il “traffico giuridico” sia vanificato. Tuttavia, sono necessari alcuni ulteriori criteri che consentano di comprendere quale sia il garante responsabile di un determinato bene, e l'ordinamento tedesco ricorre allora alla clausola di equivalenza presente nel § 13, nonché ai criteri per verificare la corretta imputazione dell'evento all'agente: il dovere di agire è fondato se il potenziale garante, con la sua omissione, ha causato un notevole pericolo, o esasperato un rischio già presente, e se il pericolo è concretizzazione di quanto la norma voleva scongiurare<sup>281</sup>. L'obbligo può poi venire meno in alcuni casi particolari, come per esempio se la vittima crea enormi rischi a lei stessa imputabili<sup>282</sup>.

Grossi problemi di legittimazione dell'obbligo di agire si presentano nei casi in cui non sia possibile rinvenire un comportamento precedente all'insorgere dell'obbligo che causi od aumenti il rischio, come ad es. nel caso degli obblighi dei genitori verso i figli, o dei pubblici ufficiali tenuti alla protezione di terzi (sono i c.d. *Verkehrssicherungspflichtigen*); essi, per così dire, derivano semplicemente dal modo di essere della società. Il criterio per legittimarli è il seguente: essi riguardano alcune azioni che sono necessarie secondo la coscienza sociale di un determinato periodo storico, o sono imposte dalla legge, e costituiscono parte essenziale della relazione tra i diversi soggetti che compongono la società. Anche in queste ipotesi dev'essere ribadito che gli

---

<sup>280</sup> G. ARZT, *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1980, p. 560; W. STREE, *Garantenstellung Kraft Übernahme*, cit., p. 158; M. SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 138 ss.

<sup>281</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., cap. 29, par. 42; A. GRÜNEWALD, *Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?*, cit., p. 136; K. SEELMANN, *Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik*, cit., pp. 251 ss.

<sup>282</sup> H. KUDLICH, sub § 13, in *StGB Kommentar*, cit., par. 15; G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., cap. 29, par. 28, 42; A. GRÜNEWALD, *Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?*, cit., p. 137.

obblighi non sorgono semplicemente in virtù del fatto che sia presente un'istituzione o un soggetto a cui attribuire la responsabilità; dev'essere invece verificata un'altra condizione, che si tratti di un'istituzione o di un soggetto il cui scopo primario è indicato proprio nella protezione del bene altrui<sup>283</sup>.

Può anche presentarsi la situazione di sovrapposizione tra una posizione di garanzia di controllo e di protezione (come nell'esempio di scuola del bagnino che deve controllare l'acqua della piscina, ma anche proteggere i bagnanti)<sup>284</sup>. Questa doppia funzionalità è possibile laddove vi sia un legame tra il potenziale garante e la sfera di pericolo, da un lato, e le potenziali vittime, dall'altro<sup>285</sup>. Tuttavia, in questi casi la giurisprudenza è a volte poco propensa a identificare singolarmente e con precisione le singole matrici all'interno del fascio di doveri del soggetto, e tende piuttosto a disegnare un'unica, complessiva, posizione di garanzia<sup>286</sup>. È chiaro che un simile orientamento è problematico per gli elementi di certezza del diritto, e dev'essere rigettato nel suo

---

<sup>283</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., cap. 29, par. 58; G. FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, cit., p. 193.

<sup>284</sup> In senso critico circa questa delimitazione, cfr. M. PAWLIK, *Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten*, cit., pp. 337 ss.; v. inoltre G. ARZT, *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, cit., pp. 647, 712. Peraltro, l'estensione e la delimitazione delle due categorie sono discusse: cfr. per es., H. OTTO-J. BRAMMSEN, *Die Grundlagen der Strafrechtliche Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, pp. 530, 592, 646; B. SCHÜNEMANN, *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, cit., p. 288; K. SEELMANN, *Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik*, cit., p. 243; C. ROXIN, *Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, pp. 78 ss.; H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 59; T. WEIGEND, Sub § 13, in *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, cit., par. 23 ss.; W. STREE-N. BOSCH, Sub § 13, in A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., par. 7 ss.

<sup>285</sup> G. ARZT, *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, cit., p. 654; L. PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1974, p. 50.

<sup>286</sup> BGH, sent. 5 luglio 1966, 5 StR 280/66, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, p. 1763; R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, De Gruyter, 1972, pp. 355 ss.

risultato finale<sup>287</sup>. Si evince quindi come il diritto penale debba in questo caso accontentarsi di una formula almeno parzialmente vaga, che nei singoli casi dev'essere riempita di contenuto, osservando di volta in volta quale tipologia di obbligo sorge.

Vi è poi una terza opzione di classificazione sistematica, quella adottata da parte della giurisprudenza<sup>288</sup> che, in un pragmatico tentativo di sintesi delle precedenti impostazioni, distingue le posizioni di garanzia a seconda di ciò che dà loro origine, interpretando però la fonte secondo un criterio materiale. Vi sono così posizioni di garanzia che sorgono dalla legge (dalla Costituzione, dalle leggi sui rapporti tra genitori e figli e tra parenti, gli obblighi di garanzia nel sistema delle telecomunicazioni, gli obblighi dei comandanti di navi e veicoli, degli agenti e dei funzionari di polizia, dei direttori degli uffici pubblici, del direttore del carcere, degli agenti di polizia penitenziaria e degli altri operatori del settore carcerario); posizioni di garanzia assunte volontariamente con un contratto, una delega, un mandato, o in assenza di un contratto formale ma in virtù di circostanze di fatto, come nel caso di assistenza e custodia di minori o ubriachi; posizioni di garanzia che derivano da particolari contesti che esprimono una relazione fiduciaria tra i soggetti protagonisti (come le forme di comunione di vita non riconosciute dalla legge, o gli alpinisti che decidono di affrontare insieme una pericolosa scalata, o due vigilantes che pattugliano insieme un sito industriale); posizioni fondate sull'*Ingerenz*; posizioni che nascono dalla signoria di fatto su una fonte di pericolo (*Sachherrschaft über Gefahrenquellen*)<sup>289</sup>, ad esempio dei proprietari, degli inquilini, degli affittuari, del direttore dei lavori di un cantiere; posizioni di garanzia per la gestione degli esercizi o attività commerciali e d'impresa

---

<sup>287</sup> S. VON COELN, *Das „rechtliche Einstehenmüssen“ beim unechten Unterlassungsdelikt*, cit., p. 99; B. SCHÜNEMANN, *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, cit., pp. 296 ss.

<sup>288</sup> Ripresa da parte della dottrina, per es. T. FISCHER, Sub § 13, in *Kommentar zum StGB und Nebengesetzen*, cit., par. 17 ss.

<sup>289</sup> BGH, sent. 13 novembre 2008, 4 StR 252/08, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, p. 240; U. WEBER, *Garantenstellung kraft Sachherrschaft?*, in *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, a cura di R.D. Herzberg, 1985, p. 86; T. WEIGEND, Sub § 13, in *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, cit., par. 48 ss.

(*Geschäftsherrenhaftung*); posizioni di garanzia da prodotto, modulate sul canone della corrispondente responsabilità civilistica<sup>290</sup>.

Dopo questa rassegna, inevitabilmente sintetica, traiamo quelle che, a nostro avviso, sono le conclusioni più evidenti. La dottrina e la giurisprudenza tedesche, preoccupate di garantire il rispetto dei principi di legalità e determinatezza, scelgono di perseguire questo obiettivo non attraverso una restrizione delle fonti delle posizioni di garanzia, poiché ritengono che andare in cerca di un nucleo di fonti certamente rispettoso della legalità formale e sostanziale sia impresa quantomai ardua. La parabola dell'impostazione tradizionale lo dimostra, dal momento che essa è progressivamente declinata sotto i colpi delle obiezioni che ne hanno evidenziato l'inadeguatezza. Gli strumenti di selezione che vengono proposti in alternativa sono quelli del legame tra il garante e il bene giuridico da proteggere, della necessità di un rapporto di legittimo affidamento, della sussistenza di una condizione fattuale in cui un soggetto o un'istituzione abbiano lo scopo precipuo di controllare la fonte di pericolo, etc. L'ambizione è che questi strumenti consentano innanzitutto un riavvicinamento tra la fondazione in astratto degli obblighi di impedimento e le concrete situazioni fattuali che richiedono l'intervento dei garanti e, contestualmente il rispetto dei principi di legalità e determinatezza imposti dal diritto penale. In altre parole, la strategia che può sembrare a prima vista una rinuncia ai canoni di legalità formale dell'ordinamento, in realtà non lo è affatto, poiché il rispetto di tali principi viene assicurato *dal punto di vista sostanziale* attraverso una selezione dei doveri di impedimento operata con gli strumenti che legano tali obblighi alle condizioni di realtà che li richiedono: senza queste ultime l'obbligo non può sorgere (limitazione del possibile novero degli obblighi), ma – se si tratta di circostanze che richiedono un'autentica protezione dei beni giuridici in gioco – in tutti questi casi l'obbligo non può che essere fondato un obbligo. La dottrina e la giurisprudenza tedesche ritengono di poter verificare questa autentica necessità di tutela attraverso l'accertamento di particolari condizioni (che la situazione fattuale comporti la legittimità dell'affidamento, che alcuni enti o soggetti siano precipuamente orientati al

---

<sup>290</sup> T. FISCHER, Sub §13, in *Kommentar zum StGB und Nebengesetzen*, cit., par. 71 ss.

controllo di un pericolo, etc.), più che con una selezione aprioristica della tipologia di fonte.

Quale lezione trarre dal “discorso” d’oltralpe sulla fondazione degli obblighi di impedimento? Certamente, un notevole merito di queste elaborazioni è l’aver affermato l’irrinunciabile necessità di uno sguardo orientato alla tutela *in concreto* dei beni giuridici che richiedono una forma di protezione quale la posizione di garanzia. Tuttavia, a noi sembra insuperabile un’obiezione: non è possibile andare in cerca del rispetto sostanziale dei principi dell’ordinamento, e quindi, essenzialmente, garantire un’adeguata tutela là dove essa sia necessaria, dimenticandosi però di adeguarsi anche *formalmente* ad essi. Tutti gli strumenti che la dottrina e la giurisprudenza tedesche utilizzano per operare una selezione sul piano concreto degli obblighi di impedimento non sono di per sé espressione di una logica contraria ai principi del diritto penale. Tuttavia, ci pare difficile che possano essere ricondotti alla nozione di “giuridicità dell’obbligo”: si vorrebbe, infatti, che questo requisito sottendesse un gruppo notevole e *indeterminato* di ulteriori criteri, che ben potrebbero essere “inventati” dagli interpreti, e perdere così ogni effettivo fondamento legislativo. Il rischio, infatti, è che affidandosi “solo” a questi criteri sostanziali, e non anche al rispetto della previsione formale di un obbligo giuridico, gli interpreti scelgano un criterio sostanziale non conforme all’ordinamento, magari sollecitati da recenti tendenze criminologiche o da voci dell’opinione pubblica.

Ciò che intendiamo dire è questo: a nostro modo di vedere, compito della dottrina e della giurisprudenza è certamente quello di trovare il modo di selezionare tra gli obblighi quelli che esprimono la vera e propria necessità di una tutela così spiccata, ed è vero che questa operazione non può che essere compiuta con dei criteri che leghino il piano astratto della formulazione e delle fonti dell’obbligo all’osservazione dei tratti delle situazioni in cui in concreto vanno ad agire.

Tale valutazione, tuttavia, non può essere svolta *in alternativa* ad una selezione delle fonti formali, perché ciò significherebbe violare – o, quantomeno, eludere – i principi formali di legalità e determinatezza. Ciò che gli interpreti devono fare – in assenza di una (sempre auspicabile) maggior precisione del legislatore nel formulare gli



obblighi – è verificare le condizioni fattuali, cioè verificare quali situazioni meritino davvero una tutela così spiccata, *solo dopo* aver assicurato il rispetto della legalità formale.

### 3.2.5. Una proposta di sintesi

Dopo aver dato conto delle principali teorie sulla fonte e sui caratteri degli obblighi di garanzia, e aver speso qualche parola sull'ordinamento tedesco, intendiamo ora proporre la concezione che, secondo il nostro punto di vista, raccoglie i migliori spunti dalle altre suggestioni, indicando così alcuni “punti fermi” circa le varie fonti, e alcuni tratti degli obblighi di impedimento, nonché una loro possibile classificazione.

#### ◆ *I caratteri fondamentali dell'obbligo di impedimento ricostruiti alla luce dei principi fondamentali*

In merito all'individuazione del criterio per la scelta delle fonti dell'obbligo, bisogna in primo luogo osservare che a fronte della notevole ampiezza delle soluzioni proposte, e del quadro confuso che ne deriva, sarebbe più che auspicabile un intervento del legislatore. Alcuni dei progetti di riforma del codice penale avevano infatti offerto una più articolata disciplina della responsabilità omissiva, nel tentativo di chiarire alcune questioni e di limitare le derive giurisprudenziali<sup>291</sup>.

Il *progetto* Grosso, approvato nel 2001, disciplinava nella sua parte generale la posizione di garanzia (art. 16), la protezione di soggetti incapaci (art. 17), l'attività terapeutica (art. 18), l'attività di polizia o di controllo (art. 19), la protezione di persone o di beni (art. 20), il controllo su fonti di pericolo (art. 21), gli adempimenti nell'ambito di organizzazioni complesse (art. 22), l'omesso impedimento dei reati commessi a mezzo stampa e radio-televisione (art. 24).

---

<sup>291</sup> F. D'ALESSANDRO, *Art. 40*, cit., pp. 542-543.

Il *progetto Nordio* era anch'esso segnato dalla preoccupazione di differenziare la disciplina degli obblighi di garanzia, dividendoli a seconda si trattasse di un'organizzazione complessa (art. 12), della protezione di un minore o un incapace (art. 13), di una fonte di pericolo su cui esercitare il controllo (art. 14), dell'intervento di forze di polizia (art. 15), dei reati commessi a mezzo stampa o di altre forme di comunicazione (art. 16).

Restava invece fedele ad una previsione unitaria per tutti i tipi di obbligo il *progetto Pisapia* che, nondimeno, rispetto alla disciplina attualmente vigente, si distingueva per un maggiore dettaglio: l'art. 13, comma 2 stabiliva tre precise condizioni perché il mancato impedimento dell'evento fosse equivalente alla sua causazione, vale a dire a) che fosse stato violato un obbligo *attuale* di garanzia, b) che il titolare di questo possedesse i poteri *giuridici e di fatto* idonei ad impedirlo, c) che l'obbligo trovasse il suo presupposto nella legge, mentre la sua specificazione avrebbe potuto essere affidata anche a regolamenti, provvedimenti dell'autorità pubblica, atti o ordini dell'autonomia privata. Venivano inoltre precisate le condizioni per il legittimo trasferimento di obblighi ad altri soggetti, come pure veniva specificato che la violazione degli obblighi di mera vigilanza poteva essere sanzionata penalmente solo se espressamente prevista dalla legge come reato.

Riteniamo tuttavia che anche *de jure condito* sia possibile tracciare alcuni caratteri che gli obblighi di impedimento debbono necessariamente possedere, declinando così in un quadro abbastanza compiuto le caratteristiche di questa forma di responsabilità. Per questa ricostruzione, sulla scorta delle osservazioni di alcuni studiosi, è necessario riferirsi innanzitutto ai principi fondamentali dell'ordinamento penalistico; il suddetto obbligo pertanto dev'essere “*giuridico, gravante su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti degli adeguati poteri giuridici di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di adeguatamente proteggerli*”<sup>292</sup>. Ciò premesso, non c'è alcuna difficoltà ad utilizzare il concetto di posizioni di garanzia,

---

<sup>292</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 158 ss.

definibili come “*situazioni di fatto normativamente qualificate, cui l’ordinamento riconnette l’obbligo di impedire l’evento*”<sup>293</sup>. La dottrina italiana utilizza, come abbiamo visto, il concetto di posizione di garanzia, riprendendolo dalle elaborazioni della dottrina tedesca. Essa si può definire come la situazione giuridica del titolare dell’obbligo di impedimento di un evento pregiudizievole; questi può dunque essere definito garante perché il precetto ordinamentale gli impone di evitare un determinato accadimento sotto la minaccia, qualora la sua omissione risultasse causale rispetto all’evento da impedire e colpevole, dell’imputazione ex art. 40, comma 2. Viene così sottolineato che l’obbligo in questione non è un generico dovere di attivarsi, ma un “*vincolo ‘speciale’ di tutela, gravante su una specifica categoria di soggetti, con specifica funzione di garanzia di interessi penalmente protetti*”<sup>294</sup>. Si comprende allora che i concetti di obbligo di impedimento e di posizione di garanzia sono inestricabilmente legati, come lo sono i concetti di fonti dell’uno e dell’altra. Parlare quindi del problema delle fonti dell’obbligo di impedimento equivale a parlare del problema delle fonti della posizione di garanzia, benché quest’ultima dicitura suggerisca un approccio meno formalistico e più vicino alle teorie sostanziale o mista.

Quali, dunque, i caratteri dell’obbligo giuridico che è possibile isolare con certezza *de jure condito*?

Il primo, pacifico tratto è infatti quello della *giuridicità* dell’obbligo, che trova il suo precipitato nella necessità insopprimibile di individuare una fonte formale. L’obbligo giuridico rispetta così il principio di tassatività (attraverso una stretta interpretazione della troppo indeterminata clausola di equivalenza dell’art. 40, comma 2 c.p. – mentre, come si è visto, se ne auspica *de jure condendo* una riformulazione), nonché il principio di riserva di legge (attraverso la selezione delle fonti).

L’obbligo dev’essere poi sufficientemente *specifico*, in ottemperanza al principio di determinatezza e di certezza del diritto; ciò porta, per esempio, all’esclusione della

---

<sup>293</sup> F. STELLA-F. D’ALESSANDRO, Sub Art. 40, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà, VI ed., Padova, Cedam, 2017, p. 157; G. GRASSO, *Il reato*, cit., p. 185.

<sup>294</sup> P. VENEZIANI, *La responsabilità penale per omesso impedimento*, cit., pp. 1143 ss.

Costituzione quale fonte immediata di un obbligo di impedimento, benché i principi di solidarietà umana contenuti nella Carta fondamentale costituiscano la giustificazione ideologica di base dell'obbligo di impedimento di un fatto lesivo.

I *beneficiari* di tale obbligo, proprio in conformità al principio di solidarietà, devono essere *esclusivamente coloro che non possono provvedere autonomamente ad un'efficace tutela di alcuni beni giuridici* per la loro condizione permanente o transitoria (ammalati, invalidi, minori), ovvero per la condizione in cui si trovano contingentemente (bagnanti in mezzo ad una burrasca).

Infine, uno degli aspetti che interessa maggiormente ai fini della nostra analisi è la selezione dei destinatari dell'obbligo. Esso, infatti, può gravare esclusivamente sui titolari di uno speciale rapporto giuridico con il bene da proteggere, o con la fonte da controllare, cioè con chi assume la titolarità di una posizione giuridica di garanzia.

Naturalmente, in virtù del principio della personalità della responsabilità penale, e del principio di colpevolezza, ogni obbligo deve essere necessariamente affiancato dai poteri impeditivi, di vigilanza e di intervento (anche ricorrendo a terzi); questi sono conferiti in via generale (come nel caso dell'affidamento dei beni patrimoniali dei figli minorenni ai genitori), ovvero particolare (come l'incolumità dei lavoratori che è affidata al datore di lavoro negli orari e sul luogo dove questi svolgono le attività inerenti il rapporto professionale). Tale potere impeditivo qualifica questo tipo di obbligo e lo differenzia da ogni altro dovere di agire. Inoltre, il potere impeditivo deve essere preesistente rispetto al verificarsi della situazione di fatto che lo attiva, generando il pericolo o il danno di fronte al quale il garante è chiamato ad intervenire<sup>295</sup>. Va inoltre rispettato il principio *ad impossibilia nemo tenetur*, ovvero deve essere materialmente possibile l'intervento del garante<sup>296</sup>.

---

<sup>295</sup> Cfr. Cass. pen., sent. 19 febbraio 2008, in *Cass. pen.*, 2009, p. 597; per gli altri requisiti, cfr. ad es. Cass. pen., sent. 4 novembre 2010, in *Studium iuris*, 2011, p. 701.

<sup>296</sup> Sul punto, è inoltre doveroso precisare che, nel caso di azione impeditiva generica, non specificamente richiesta dalla normativa attributiva del potere-dovere di intervento, occorre distinguere tra un'impossibilità assoluta, che libera dall'obbligo (come nel caso di un soccorritore che svenga improvvisamente) da quella relativa, che obbliga invece il garante ad attivarsi come può, anche richiedendo l'aiuto di terzi (così, il *baby-sitter* che non sa nuotare e vede il bambino che gli è affidato in difficoltà nella piscina deve tempestivamente avvisare il bagnino).

◆ *Le fonti dell'obbligo di impedimento*

Rimarcati i principi, possiamo trarre alcune conseguenze in merito alle fonti dell'obbligo.

Visto il carattere di giuridicità e di formalità, le norme che possono fondare tali obblighi sono soltanto *norme primarie*, mentre alle norme secondarie, quali regolamenti, atti amministrativi, e alla consuetudine è riservata esclusivamente la funzione di precisare e specificare le disposizioni fondative di obblighi già enunciati dalle norme primarie<sup>297</sup>. Ci sembra questa la naturale e imprescindibile conseguenza del dovere di rispettare i principi di legalità e tassatività.

La possibile obiezione secondo cui nessuna norma primaria potrà definire sufficientemente i poteri e le competenze dei singoli membri all'interno di un'organizzazione complessa, e magari assai numerosa, ci pare facilmente superabile. Infatti, le informazioni che debbono essere fornite dall'ordinamento sono, essenzialmente di tre tipi: esse riguardano i titolari degli obblighi di impedimento, l'oggetto degli stessi (cioè l'evento pregiudizievole da scongiurare) e gli strumenti consegnati ai garanti. Le norme primarie devono esprimere chiaramente tutte queste informazioni, almeno raggiungendo quel livello di precisione che viene accettato in ogni normativa penalistica (benché contenute in norme extra-penali, queste disposizioni esprimono la loro funzione in combinato disposto con il precetto di cui all'art. 40, comma 2 c.p., e debbono pertanto superare uno scrutinio più severo di legalità). Peraltro, è possibile che informazioni aggiuntive, di specificazione, di precisazione siano contenute in fonti sub-legislative e persino disciplinari (si pensi ai protocolli sanitari, o ai regolamenti interni agli ospedali, o agli statuti dei vari enti). Questi avranno sì la funzione di dettagliare quali sono *in concreto* le scelte che un garante ha a sua disposizione, quali sono le sue possibilità di intervento. In questo modo, peraltro, si evita quel vuoto di tutela o quella imprecisione nella definizione dei garanti che si potrebbe rimproverare alla scelta di confinare la definizione di fonti di obbligo alle sole norme primarie. Tuttavia, le fonti secondarie non potranno andare *oltre* quanto disposto

---

<sup>297</sup> A titolo esemplificativo, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 162.

da quelle primarie, esattamente per gli stessi motivi per cui un codice disciplinare non può disporre un comando o un divieto accompagnandolo con la comminazione di una pena.

Circa la natura delle norme primarie, queste sono tutte le norme di *diritto privato* (tra cui quelle che regolano la disciplina dei contratti; si veda *infra* sul punto), e di *diritto pubblico*.

Per ciò che attiene alla *norma penale*, tuttavia, riteniamo debba escludersi che la stessa possa essere una fonte di obblighi di impedimento: una norma che sanziona un comportamento inadempiente non attribuisce quei poteri che sono il necessario complemento della previsione di questi obblighi; essa ha invece principalmente la funzione di sanzionare quegli obblighi che già sono previsti da leggi extra-penali (così, ad esempio, gli artt. 437, 451, 673 c.p., pur essendo contenuti nel codice penale, implicano in realtà un riferimento alla normativa antinfortunistica, e alla normativa stradale, quale l'art. 37 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285).

Alla motivazione funzionale si aggiunge poi un argomento inerente alla struttura del reato omissivo improprio: gli obblighi che sono previsti dalle norme penali, infatti, sorgono contemporaneamente al verificarsi della situazione fattuale che li attiva, la quale rappresenta l'inizio della lesione di un bene giuridico (per esempio, per chi trova un corpo inanimato, sorge l'obbligo di prestare soccorso o di chiamare aiuto); al contrario, gli obblighi di impedimento sono preesistenti a quella manifestazione fattuale che li attiva, (non tanto, o non solo perché sono contenuti da altre norme, ma soprattutto) perché sono dettati dall'ordinamento con il preciso scopo di *prevenire* un evento lesivo, e quindi l'obbligo non può attivarsi solo una volta che si sia verificato il fatto lesivo del terzo (B o V), ma al contrario deve essere esercitato durante una fase fisiologica dell'interazione tra A e B, proprio per evitare che essa degeneri nella produzione di un danno o di un pericolo, o, al più, non appena si manifesti il rischio di questo corso. Ecco quindi che le differenze strutturali tra semplici obblighi di agire e veri e propri obblighi di impedimento, fondativi di posizioni di garanzia, corrispondono a due diverse tecniche di tutela e a due diverse *rationes*<sup>298</sup>.

---

<sup>298</sup> *Ibidem*.

La ricostruzione dei caratteri che gli obblighi di impedimento devono possedere alla luce dei principi fondamentali è uno strumento prezioso per rispondere alla domanda se la *Costituzione* possa o meno essere indicata come fonte degli stessi. In una delle più importanti sentenze penalistiche della storia moderna, riguardante il disastro di Stava<sup>299</sup>, la Suprema Corte chiarisce, con affermazioni molto nette, che le posizioni di garanzia trovano la loro giustificazione nell'art. 2 Cost.: non sarebbe infatti ipotizzabile l'affermazione di un principio personalistico, volto a salvaguardare il rispetto della totalità della persona umana e a garantire i diritti inviolabili dell'uomo senza i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, che sono veri e propri strumenti per l'attuazione del principio. La stessa norma sarebbe poi la chiave per interpretare altre norme della Costituzione, tra cui i giudici di legittimità citano l'art. 32, a tutela della salute umana e l'art. 41, comma 2, a garanzia di un'iniziativa economica che non contrasti con l'utilità sociale o con le esigenze di salvaguardare la libertà, la sicurezza, la dignità umana. Le posizioni di garanzia assumono quindi un ruolo determinante, poiché rispondono, in accordo con tale visione solidaristica e costituzionalmente orientata, all'esigenza di *“assicurare a determinati beni una tutela rafforzata, stante l'incapacità – totale o parziale – dei loro rispettivi titolari a proteggerli adeguatamente, donde l'attribuzione a taluni soggetti, diversi dai rispettivi titolari, della speciale posizione di garanti dell'inferiorità dei beni che si ha interesse a salvaguardare”*, aggiungendo che, se questo è il fondamento del meccanismo di responsabilità, *“il principio di equivalenza tra l'omissione non impeditiva e l'azione causale presuppone non già un semplice obbligo giuridico di attivarsi, ma, appunto, una posizione di garanzia nei confronti del bene protetto”*, sicché *“la funzione specifica della posizione di garante è rivolta a riequilibrare la situazione di inferiorità, in senso lato, di determinati soggetti, attraverso l'instaurazione di un rapporto di dipendenza a scopo protettivo”*<sup>300</sup>.

---

<sup>299</sup> Cass. pen., sent. 6 dicembre 1990, Bonetti, in *Foro it.*, 1992, II, pp. 36 ss.

<sup>300</sup> Cass. pen., sent. 6 dicembre 1990, Bonetti, in *Foro it.*, 1992, II, p. 47.

La prospettiva di una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 40, comma 2 è stata sviluppata, prima della pronuncia di Stava, da alcuni studiosi che ne rimarcavano la necessità: *“in questo momento storico il diritto positivo non è ancora in grado di offrire un organico sistema di disposizioni che soddisfi le esigenze di tutela di quegli interessi la cui crescita è protetta e stimolata dalla Costituzione”*<sup>301</sup>. Secondo questa impostazione, la responsabilità penale per omesso impedimento di un reato è uno strumento per ricostruire “a ritroso” la disciplina penale a tutela di alcuni interessi a protezione dei quali il diritto positivo non è ancora intervenuto disegnando autonome figure di incriminazione. Si tratta, pertanto, di un ruolo di supplenza che interviene dove la Carta costituzionale prevede una precisa gerarchia tra gli interessi, con la subordinazione di uno ad un altro, senza che l'ordinamento vi si adegui con la formulazione di un'esplicita norma di legge: una vera e propria surrogazione della disciplina positiva mancante, a fronte dell'insufficiente protezione offerta a determinati interessi, che sfrutta la natura “elastica” della clausola di cui all'art. 40, comma 2 c.p.

Nonostante il fascino di questa concezione, particolarmente orientata ad una lettura progressista nella tutela delle potenziali vittime del reato, ci sentiamo di aderire alle critiche che le vengono mosse, le quali si articolano su vari fronti. È stato osservato, innanzitutto, che la responsabilità penale derivante dai reati commissivi mediante omissione non può per sua natura costituire uno strumento di estensione dei beni giuridici o delle situazioni protette dal precetto penalistico; la stessa clausola di equivalenza presuppone infatti che l'aggressione ad un determinato interesse costituisca già di per sé un reato (commissivo). Il secondo ordine di obiezioni fa invece leva sulla necessità che vengano rispettati i principi di tipicità e determinatezza delle fattispecie penali, che si collegano al più generale principio di legalità. La critica si articola sotto un duplice profilo: da un lato, non si ritiene conforme al ruolo del giudice (per come il nostro ordinamento lo disegna) assumere la responsabilità di selezionare quali interesse

---

<sup>301</sup> F. SGUBBI, *Responsabilità per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 205, v. anche pp. 189 ss. Ha sostenuto anche la possibilità di ricavare degli obblighi giuridici per sanzionare penalmente l'inadempimento di obblighi di promozione sociale, tanto nello svolgimento di attività economiche pubbliche e private, quanto nella gestione degli interventi della pubblica amministrazione G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, cit., pp. 666 ss.



proteggere, valutando di fatto quali interessi sarebbero tutelati dalla Costituzione ma non espliciti in modo sufficiente anche in singole disposizioni specifiche; tale compito – si obietta – dovrebbe essere piuttosto lasciato al legislatore, con l'intervento correttivo e al più di sollecitazione del giudice delle leggi. Alla radice della critica vi è però anche un piano più generale: la dottrina obietta infatti che lo strumento penalistico si rivelerebbe inadeguato alla finalità di promuovere l'uguaglianza sostanziale e la solidarietà tra i singoli soggetti qualora tali determinazioni si traducessero in una violazione o, almeno, nella deformazione dei rigidi limiti imposti dallo Stato di diritto. Il valore primario della libertà personale, su cui incide la sanzione penalistica, implica che tale strumento debba conservare un carattere sussidiario, che debba essere utilizzato come una sorta di guardiano di alcuni determinati beni giuridici; tale affermazione si porrebbe in contraddizione con il potere, conferito ai giudici, di selezionare quali interessi proteggere con la sanzione penale sulla base delle indicazioni di principio contenute nella Carta fondamentale. Potenzialmente, infatti, anche l'emersione della necessità di tutela di "nuovi" interessi può trovare una copertura costituzionale (si pensi ai nuovi interessi quali la riservatezza legata all'identità digitale dei cittadini). E tuttavia, il giudice non potrà affermare in autonomia la sussistenza di un chiaro obbligo giuridico di intervenire a protezione di dati interessi tratteggiandolo, per così dire, su un foglio bianco, sostenendo che la Costituzione sia la tavolozza che fornisce i colori necessari e che il legislatore sia stato un disegnatore troppo poco solerte nel riempire la tela. Il compito che al giudice può essere assegnato, in definitiva – continuando con la metafora "pittorica" – è solamente quello dell'interpretazione del quadro, cioè dell'esegesi della norma in senso conforme alla Costituzione, ma senza stravolgerla e senza costruirla dove manca, ed eventualmente quello della remissione alla Corte costituzionale perché prenda atto di una flagrante contraddizione tra una tutela troppo scarsa assegnata ad un interesse e il principio costituzionale che esige altri strumenti<sup>302</sup>. Peraltro, si potrebbe

---

<sup>302</sup> Cfr. sul punto le pagine di G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 176 ss. Conformi le obiezioni di G. MARINUCCI, *Probleme der Reform des Strafrechts in Italien*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1982, n. 94, pp. 362 ss., che sottolinea il rischio che le decisioni giudiziali assurgano a strumento di governo della società, come tale non sottratte ad una strumentalizzazione politica.

aggiungere a tali considerazioni che la prospettiva costituzionale non individua sempre in modo cristallino quali siano i beni giuridici meritevoli di protezione, ma fornisce piuttosto un suggerimento rispetto ad alcune linee fondamentali di tutela, che possono essere declinate in vario modo<sup>303</sup>. Ancora, la Carta costituzionale, pur individuando i beni che devono essere oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, non specifica se questa protezione debba essere realizzata obbligatoriamente attraverso lo strumento penale e, soprattutto, del reato omissivo improprio, per il semplice motivo che – di regola – non attribuisce obblighi, ma enuncia principi. Inoltre, dalla Costituzione potremmo al più trarre generiche indicazioni circa la necessità di proteggere un interesse, anche nel modo più forte possibile, ma non anche circa l'individuazione dei soggetti che sono garanti, i quali dovrebbero essere successivamente indicati dalla legge ordinaria. Tuttavia, il concetto stesso di posizione di garanzia, come fattore che lega un particolare garante ad un particolare bene, o al titolare di questo, impedisce di riconoscere che la stessa possa già nascere dall'enunciazione di principio della Carta fondamentale, o – il che è lo stesso – la necessaria specialità del destinatario dell'obbligo di impedimento impedisce che quest'ultimo sia dettato senza essere inequivocabilmente attribuito ad un soggetto: sarà invece la legge ordinaria, in conformità ai principi di quest'ultima, a determinare quali soggetti siano gravati dall'obbligo di impedimento della lesione al bene protetto<sup>304</sup>. L'unica eccezione rinvenibile è quella dell'art. 30 Cost., che, nello stabilire il “dovere” per i genitori di mantenere, istruire ed educare i figli,

---

Sulla possibilità che il diritto penale, utilizzando principalmente strumenti repressivi, non possa adeguatamente svolgere il compito di promuovere la tutela altrettanto bene rispetto ad altri strumenti premiali o incentivanti, cfr. F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale, e diritto penale*, in *Diritto penale e sistema penale*, AA.VV., Milano, Giuffrè, 1983, pp. 445 ss.

<sup>303</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 65 ss. Non a caso è stato sottolineato come il catalogo di interessi indicato dalla Carta fondamentale non possa costituire l'unico esclusivo criterio di selezione dei beni meritevoli di tutela, che può essere altresì integrato anche con prospettive legate alla ricerca criminologica e criminalistica: G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in *La questione criminale*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 307.

<sup>304</sup> Per queste riflessioni, che riassumono criticamente il citato pensiero di Sgubbi, cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., pp. 152 ss.

afferma in controtelaio l'obbligo di impedire che questi possano soffrire menomazioni della loro vita, incolumità, salute, benessere.

Circa la fonte dell'*azione pericolosa antecedente*, sono numerose le critiche che sono state mosse in dottrina. In primo luogo, la quasi totale impossibilità di individuare delle fonti formali di tale obbligo solleva non pochi dubbi sul rispetto del principio di legalità<sup>305</sup>. Inoltre, ammettere questa fonte sarebbe in contrasto con uno dei presupposti dell'obbligo di agire come ricostruito alla luce dei principi penalistici e costituzionali, e con il carattere di specialità dell'obbligo stesso, poiché esso ricadrebbe su qualsiasi consociato, per il solo fatto di mettere in atto un'attività pericolosa.

Dal punto di vista delle conseguenze sociali, poi, ipotizzare che da ogni situazione pericolosa possa nascere una responsabilità di omesso impedimento delle conseguenze della stessa rischia di provocare una moltiplicazione delle imputazioni per reato omissivo improprio, quando non una paralisi dei rapporti sociali<sup>306</sup>.

Ancora, la suddetta categoria assimilerebbe casi eterogenei: per le azioni già compiute (es: aprire un cantiere stradale) pretenderebbe di affermare un obbligo, dove vi è invece esclusivamente un onere di impedire l'evento, se l'agente vuole evitare di rispondere di un reato commissivo (lesioni colpose commissive, dal momento che l'agente ha creato il pericolo aprendo un cantiere stradale)<sup>307</sup>; per le azioni pericolose

---

<sup>305</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 106. Sul punto, parte della dottrina ha criticato questa teoria affermando che si tratta di un mascherato ricorso al diritto consuetudinario, in violazione dell'art. 4 delle Preleggi (VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, cit., pp. 139). Altri hanno invece ritenuto ammissibile questa tecnica di individuazione delle fonti poiché il riferimento al diritto consuetudinario non comporta la creazione di una nuova fattispecie incriminatrice e pertanto è ammissibile, con un meccanismo del tutto simile a quello per cui da una norma consuetudinaria può scaturire una causa di giustificazione ai sensi dell'art. 51 c.p. (F. MANTOVANI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., p. 138). Resta però l'obiezione di fondo sulla mancata giustificazione di questa fonte secondo una norma di legge.

<sup>306</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 390.

<sup>307</sup> A riprova della natura di *onere*, e non di obbligo, l'art. 56, comma 4 ritiene l'impedimento dell'evento un'attenuante, il che sarebbe impossibile se si trattasse di un obbligo autonomo perché saremmo di fronte ad una causa di non punibilità.

ancora in atto (sostituzione delle tegole di un tetto), è un caso di confusione tra gli obblighi di garanzia, cioè obblighi di impedire il verificarsi di un determinato evento lesivo, e i semplici obblighi di diligenza, cioè i generici obblighi per i vari soggetti dell'ordinamento di comportarsi in un certo modo, indipendentemente dal legame con il verificarsi di un evento; per le generiche situazioni di pericolo (es: la proprietà di una costruzione), i critici ritengono che la categoria sia ridondante e persino fuorviante: l'esigenza precauzionale sarebbe soddisfatta da altri obblighi di controllo che nascono dalle altre fonti pacificamente ammesse; ad esempio, l'obbligo di impedire che dal balcone fatiscente dell'abitazione non crollino dei calcinacci non deriva dall'acquisto della casa avvenuto anni prima, ma dalla proprietà della stessa, che cadendo in rovina diventa una cosa pericolosa<sup>308</sup>. Quando un soggetto realizza una determinata attività, è di fronte “*ad un normale obbligo a contenuto precauzionale conseguente ad una condotta positiva colposa*”<sup>309</sup>. Aggiungiamo sul punto che ammettere questa fonte rischia di generare confusione tra le nozioni di azione e omissione; benché si tratti di un profilo di indagine separato, per il quale abbiamo suggerito *supra* il criterio dell'aumento o della diminuzione del rischio, non possiamo fare a meno di notare che riconoscere obblighi scaturenti dall'azione pericolosa precedente non agevola l'analisi.

Ad ulteriore detrimento della possibilità di accettare la precedente azione pericolosa quale fonte degli obblighi di impedimento, parte della dottrina ha evidenziato che la teoria determinerebbe una conversione del *dolus subsequens* dall'azione pericolosa colposa nell'imputazione dolosa dell'evento stesso: così, l'operaio che apre una buca nel manto stradale senza delimitarla e vi lascia volontariamente precipitare il pedone deve rispondere di omicidio commissivo colposo, poiché l'azione causale è quella dell'apertura della buca e rispetto ad essa il dolo susseguente non rileva. Similmente, il garzone del fornaio che ha ferito intenzionalmente il collega e sta a guardare mentre

---

<sup>308</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 390-391.

<sup>309</sup> G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 204; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 643.

questi, caduto nell'impastatrice, muore dissanguato, risponde di omicidio preterintenzionale<sup>310</sup>.

Una fonte il cui giudizio di ammissibilità implica diverse conseguenze sul piano sistematico è quella *contrattuale*.

Come abbiamo visto, la concezione formale accoglie la fonte negoziale degli obblighi, valorizzando però eccessivamente la validità e l'efficacia del fattore genetico e non altrettanto l'assunzione in concreto dell'obbligo<sup>311</sup>, facendo quindi coincidere fisiologia e patologia del contratto e dell'obbligo di agire, e responsabilità civile e penale.

La concezione sostanzialistico-funzionale ha invece sempre guardato con sfavore alla fonte contrattuale, per il rischio di una dilatazione incontrollata degli obblighi di impedimento rimessa alle valutazioni di opportunità dei singoli, sia per il problema del contratto invalido cui segue la presa in carico del bene e, viceversa, del contratto valido che non è seguito dalla presa in carico: per questo, la teoria tende a disconoscere la fonte contrattuale in sé, recuperandone la casistica in base alla concreta presa in carico del bene.

La concezione mista la accoglie, limitandone però il campo di applicazione, anche se – essenzialmente – grazie a due ricostruzioni contrapposte. Secondo una prima prospettazione, il rispetto del principio di legalità impone che i contratti non possano dare vita a posizioni di garanzia originarie, bensì esclusivamente trasferire posizioni di garanzia già esistenti che derivano da un'altra fonte, poiché diversamente la valutazione di opportunità sull'esistenza di una posizione di garanzia, e della relativa responsabilità penale, sarebbero interamente rimessi all'autonomia privata<sup>312</sup>. Un'altra tesi sostiene invece, da un lato, che anche nel caso di posizioni di garanzie risultanti dal trasferimento negoziale da un garante ad un altro, il negozio abbia in ogni caso il ruolo di generare

---

<sup>310</sup> Un ulteriore argomento contrario, per i delitti dolosi, concerne il rischio di scivolare nella logica del *versari in re illicita*: G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 256; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 286.

<sup>311</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 383.

<sup>312</sup> Si veda principalmente la posizione di F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento*, cit., pp. 189 ss.

l'obbligo in capo all'avente causa; dall'altro, che la simmetria del ruolo del contratto per le posizioni c.d. "originarie" e per quelle c.d. "derivate" non riesca in ogni caso a rispettare un canone di stretta legalità, poiché la norma penale viene in ogni caso integrata da una volontà negoziale. Eppure, ciò non costituirebbe un ostacolo, poiché quella funzione di limitazione del ventaglio degli obblighi di impedimento viene assicurata dalla corrispondenza tra gli interessi tutelati dal negozio e quelle istanze di tutela primarie dell'ordinamento, espresse innanzitutto nella Costituzione: ecco perché i contratti possono essenzialmente fondare obblighi di garanzia a tutela del bene della vita e dell'incolumità individuale e collettiva, i soli che, in questa prospettiva, meritano l'utilizzo di uno strumento penalistico tanto incisivo quanto la fattispecie omissiva impropria<sup>313</sup>.

Ci sentiamo di aderire ad una soluzione che tenta una mediazione tra queste visioni, raggiungendo – a nostro parere – un buon equilibrio tra le esigenze della legalità e della certezza del diritto da un lato, e dell'effettività della tutela dall'altro<sup>314</sup>.

Possono essere ammessi sia i contratti di trasferimento di obblighi di garanzia esplicitamente previsti dalla legge, sia accordi che creano nuovi obblighi (o obblighi originari). In entrambi i casi sono rispettate tanto la riserva di legge (per gli obblighi originari, la base normativa è la facoltà insita nella titolarità del bene giuridico di proteggerlo anche affidandolo ad altri soggetti: cfr. art. 52 c.p.), quanto l'esigenza di una tutela rafforzata, conforme al principio solidaristico (negli obblighi originari, la valutazione è rimessa all'autonomia privata, cioè allo stesso titolare che si renda conto della necessità di chiedere l'intervento di un garante).

Un contratto di trasferimento, per essere fonte di un obbligo a carico del garante sopravvenuto, deve poi comportare il trasferimento di tutti i poteri, sia giuridici, sia fattuali<sup>315</sup>: così, se il *baby-sitter* non si presenta all'ora stabilita, il genitore (cioè il garante originario) non è liberato, né è tenuto il *baby-sitter* che non ha ancora preso in carico la

---

<sup>313</sup> G. FIANDACA, *I reati commissivi mediante omissione*, cit., pp. 147 ss., in part. pp. 160 ss.

<sup>314</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale.*, cit., pp. 164 ss.

<sup>315</sup> Cass. pen., sent. 29 aprile 1991, in *Dejure*; Cass. pen., sent. 27 febbraio 2002, in *Dejure*; Cass. pen., sent. 13 febbraio 2003, in *Dejure*.

bambina. Questa affermazione implica che i poteri-doveri impeditivi originari siano, almeno parzialmente, delegabili e che il contratto sia stipulato tra il titolare del bene (o l'originario garante) e un terzo a cui l'obbligo viene trasferito; in ogni caso non tra estranei, poiché il dante causa deve necessariamente essere titolare del potere che trasferisce (es: se un vicino di casa, affezionatosi alla bambina che abita alla porta accanto paga un amico che frequenta la piscina dove si recano i genitori con la bambina per sorvegliare che questa non anneghi, l'amico non è responsabile perché il vicino non aveva ricevuto l'incarico di badare alla piccola). L'avente causa deve inoltre essere idoneo tanto fisicamente quanto psichicamente, e avere una preparazione tecnica adeguata a svolgere il suo compito; dovrà inoltre ricevere le necessarie informazioni circa i vizi occulti della cosa oggetto della sorveglianza.

Secondo alcune varianti della teoria funzionalistica, il trasferimento delle posizioni di garanzia attraverso un contratto potrebbe avvenire anche se questo viene stipulato da un soggetto che non ha la completa signoria su una fonte di pericolo, e proprio per questo incarica un soggetto più esperto di adempiere l'obbligo di impedimento: così, l'amministrazione comunale, che non dispone dei mezzi adeguati per poter svolgere un'indagine sulle violazioni ambientali da parte di un'azienda petrolchimica, può tuttavia incaricare un soggetto esperto in materia di raccogliere i dati sulle emissioni. Allo stesso modo, per gli obblighi di protezione nascenti da una volontaria presa in carico, la posizione di garanzia può sorgere anche se al contratto non partecipa il titolare del bene destinatario della tutela, in quanto rileva la materiale presa in carico: si pensi allo spettatore filantropo di una gara di nuoto, che ingaggia un barcaio per soccorrere l'atleta inesperto in caso si trovi in difficoltà, senza che questi ne sia al corrente<sup>316</sup>. Tuttavia, a nostro parere, le argomentazioni non sono convincenti: nel primo caso viene trasmesso un obbligo di sorveglianza, non di impedimento, che resta invece in capo all'amministrazione comunale che dispone dei poteri di ordinanza proprio per porre fine in modo urgente alla violazione di norme che minaccino la salute dei cittadini. Quanto al secondo esempio, il fatto che il titolare del bene non sia al corrente della posizione di garanzia di un altro soggetto non indebolisce quest'ultima,

---

<sup>316</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 389.

seppure – utilizzando un linguaggio conforme alla teoria sostanzialistica – la situazione fattuale in cui solo il garante sia a conoscenza del compito, e non anche il protetto, indica una minor forza nella relazione di protezione. Riteniamo pertanto che ai fini dell’efficace insorgenza di un obbligo (originario), o dell’efficace trasferimento di questo (obbligo derivato), sia necessario che una delle parti del contratto sia il titolare del bene oggetto di tutela o il garante originario<sup>317</sup>.

Volendo cercare una mediazione tra le opposte conclusioni della teoria formale e della teoria sostanzialistica in caso di patologia contrattuale, si potrà affermare che se il contratto è invalido, ma la presa in carico del bene o della fonte di pedicolo vi è stata effettivamente, e questa non ha fatto venire meno alcun requisito penale e sostanzialistico dell’obbligo di garanzia, questo sorge in ogni caso<sup>318</sup>. Si pensi alle cause di annullabilità, che in genere determinano la produzione, almeno temporanea, degli effetti del contratto, e a quelle poche cause di nullità che non ostacolano l’insorgenza dell’obbligo di garanzia, poiché esso si fonda su altro presupposto (come la semplice consegna della cosa, anche a fronte di un contratto illegale, ad esempio nel caso della vendita abusiva di esplosivi). Nel caso opposto del contratto valido cui però non segue la presa in carico del bene o della fonte, si deve ancora distinguere. Talvolta vi è inadempimento contrattuale, ma non inadempimento dell’obbligo di garanzia, come nel caso della mancata *traditio* al compimento del termine iniziale del contratto: senza il trasferimento del bene, non vi è trasferimento del potere materiale, e quindi l’obbligo di garanzia non sorge e, come tale, non può essere trasgredito. Altre volte i due inadempimenti – contrattuale e dell’obbligo di garanzia – vanno di pari passo, come nella mancata ripresa in carico della cosa o della fonte da parte del garante originario allo scadere del termine finale del contratto che affidava la cosa o la fonte ad un garante secondario: l’obbligo originario, infatti, non deriva dal contratto, ma dalla legge, e si riepande alla scadenza dell’effettività dell’obbligo delegato del garante avente causa.

---

<sup>317</sup> Su questa conclusione, cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 186 ss.; GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 264.

<sup>318</sup> È stata definita una risoluzione in termini “relativistici”, che si preoccupa di verificare se la patologia contrattuale determini anche il venir meno di uno dei requisiti penali e costituzionali dell’obbligo di impedimento: Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 223 ss.



Infine, quanto appena esposto in merito alle fonti contrattuali dell'obbligo di garanzia suggerisce di non ricomprendere nel catalogo delle fonti anche l'*assunzione volontaria unilaterale* di compiti di tutela (ex art. 2028 c.c.) al di fuori di ogni preesistente obbligo contrattuale o di legge, contrariamente all'opinione secondo cui la *negotiorum gestio* darebbe luogo all'obbligo di portare a termine l'incarico che l'agente si è spontaneamente assunto. Questa categoria tende a ricomprendere residualmente moltissimi casi diversi tra loro: l'assunzione volontaria di un obbligo in seguito ad un contratto nullo<sup>319</sup>, l'assunzione spontanea non unilaterale, bensì consensuale, l'assunzione unilaterale vera e propria (come, per esempio, nel caso del vicino di case che si prenda cura dei bambini mentre i genitori si debbono assentare; i membri di associazioni volontarie che soccorrono i feriti in stato di incoscienza, etc.). Curiosamente, una così vasta casistica rischia di estendere in modo indiscriminato la responsabilità, pertanto la dottrina ritiene solitamente che l'obbligo sorga esclusivamente laddove la gestione volontariamente assunta determini l'aumento del rischio per il bene (per esempio, se un bagnante si offre di soccorrere un altro in difficoltà al largo, e quest'ultimo rinuncia al salvagente).

Tuttavia, pur con questa limitazione, non sembra idoneo ricomprendere questa fonte nella nostra casistica, per vari motivi. In primo luogo, l'art. 2028 non è una fonte che soddisfa il principio di riserva di legge: infatti, si potrebbe riferire esclusivamente ai casi in cui manchi un accordo, benché atipico; non si potrebbe in ogni caso utilizzare per la tutela della vita e dell'incolumità fisica (in quanto il requisito della volontarietà contrasta con il soccorso obbligatorio imposto dall'art. 593 c.p. e con gli elevati *standard* di tutela riservati a questi beni), e – *a fortiori* – sarebbe difficile immaginare che possa

---

<sup>319</sup> La rilevanza dei contratti nulli *ab origine* è giustificata da alcuni con la *negotiorum gestio*, ma anche in questo caso è determinante la situazione fattuale, che deve determinare o aumentare l'esposizione al pericolo (lo sportivo che, confortato dalla presenza di un compagno più esperto, decide di avventurarsi per una scalata pericolosa), anche impedendo il dispiegamento di certi meccanismi di protezione (la mamma del bambino non lo allatta perché confida che la vicina, che si è offerta spontaneamente di aiutarlo, lo nutra). Per la dottrina tedesca, cfr. E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II ed., Tübingen, 1975, p. 290, mentre in Italia v. G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 276.

applicarsi a beni di rango inferiore. Ancora, poiché il gestore disporrebbe esclusivamente di poteri di intervento di fronte ad una situazione di pericolo e, in assenza di un pregresso rapporto con la fonte di rischio o con il titolare del bene, manca dei poteri di prevenzione e impedimento, l'art. 2028 c.c. può dare origine solo a generici obblighi di attivarsi. Inoltre, il criterio dell'aumento del rischio è un chiaro indice della natura commissiva della condotta. Infine, il ricorso a tale fonte si rivela inutile in diversi casi: talvolta, l'obbligo di garanzia si può ricavare da un contratto bilaterale (anche nullo, nei limiti di quanto sopra esposto), o dagli artt. 2051 e 2052 c.c. (per la spontanea assunzione di cose o animali pericolosi, in cui l'obbligo sorge con la semplice custodia); oppure si tratta di situazioni riconducibili alla causalità attiva (in seguito ad un atto illecito unilaterale, come il sequestro di persona, o bilaterale, come la compravendita di un minore, è la condotta attiva dell'agente che impedisce alla vittima di curarsi o lo fa ammalare; in altri casi il gestore espone la vittima ad una situazione di pericolo, come il vicino di casa che si incarichi di far giocare una bambina e nel gioco pericoloso questa si ferisca); oppure – e sono tutti i casi residui – la responsabilità è per omissione di soccorso ex art. 593 c.p. (se una tegola colpisce il sequestrato, e il sequestratore non interviene, integra il reato omissivo proprio). Va inoltre sottolineato che, ammettendo che possano sorgere o essere trasferiti obblighi di tutela anche da un contratto atipico, ciò consente agevolmente, laddove si tratti effettivamente di un'omissione, di individuare una fonte dell'obbligo di impedimento dal carattere più sicuro.

◆ *La presa in carico dell'obbligo*

A completamento della rassegna sulle fonti, pare doveroso rimarcare la necessità di requisiti ulteriori rispetto alla previsione legislativa o all'origine contrattuale. Queste sono soltanto, per così dire, le condizioni di base, imprescindibili per il rispetto del principio di legalità. Ciò che è altresì necessario è che avvenga la presa in carico dell'obbligo. Si badi: non intendiamo qui alludere alla necessità che si verifichi la situazione fattuale in cui il bene giuridico oggetto della protezione inizia ad essere sottoposto ad un pericolo; quell'elemento, pure necessario per l'integrazione del fatto

di reato, è semplicemente l'attivazione sul piano concreto dell'obbligo, l'avverarsi della situazione che richiede l'intervento del garante<sup>320</sup>.

Neppure si tratta delle condizioni oggettive e soggettive che possono ostacolare il garante nell'adempimento del suo compito, come ad esempio un'improvvisa crisi epilettica, l'apertura di una voragine nel terreno o qualsiasi altro fattore cui possa essere riferito il principio *ad impossibilia nemo tenetur*.

Ciò che intendiamo, invece, è la condizione materiale e giuridica in cui il garante deve trovarsi per poter effettivamente esercitare i poteri impeditivi. Diversamente, non potrà affatto essere rimproverato per la sua omissione, poiché non era nelle condizioni per poter effettivamente spiegare quelle facoltà che gli avrebbero, almeno *prima facie*, consentito di scongiurare l'evento dannoso o pericoloso.

È una delle grandi eredità della teoria sostanzialistica l'aver evidenziato che a rilevare non è (sol)tanto la fonte, ma piuttosto che il vincolo sia accompagnato da una situazione di fatto corrispondente. Devono quindi essere scissi i momenti della stipulazione dell'accordo privatistico (o del precetto legislativo) e del sorgere dell'obbligo, che coincide con l'assunzione delle funzioni sul posto di lavoro o con l'ingresso in quel contesto fattuale dove il garante può concretamente espletare i suoi compiti. Tali considerazioni sono accoglibili, con qualche precisazione, anche in una prospettazione "mista" come la nostra: rifiutarle significherebbe infatti ricadere nella più rigida impostazione formalistica, con il risultato paradossale che, proponendosi il pieno rispetto della lettera della legge, si finirebbe per imputare anche soggetti che non sono (ancora pienamente) garanti, in quanto non hanno ancora raggiunto quella soglia minima di legame fattuale con la cosa o la persona che devono salvaguardare, ovvero con la fonte di pericolo che sono chiamati a controllare. Teniamo però a sottolineare che questo non significa accogliere *in toto* l'interpretazione sostanzialistica per cui è la situazione materiale a determinare il sorgere dell'obbligo; noi piuttosto riteniamo che

---

<sup>320</sup> "Praecepta adfirmativa non obligant ad semper, sed ad tempus determinatum" (la frase è di Tommaso d'Aquino, citata in A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, in *Introduzione al sistema penale*, AA.VV., Torino, Giappichelli, 2001, vol. II, p. 78): a differenza dei divieti, dunque delle fattispecie commissive – in questa interpretazione –, che possono valere in ogni momento della vita di un consociato ("non uccidere"), per i reati omissivi serve un momento di attivazione dell'obbligo.

l'indispensabile considerazione delle fonti, secondo quel catalogo prevalentemente formale che abbiamo prima esposto, debba essere corredata dalle considerazioni circa la concreta possibilità per il garante di spiegare i propri poteri impeditivi, proprio per evitare di creare – ad un tempo – responsabilità abnormi per i garanti e vuoti di tutela per i soggetti protetti.

Se ripensiamo alle considerazioni prima esposte sulla fonte contrattuale, ci accorgiamo che la valutazione elastica circa la corrispondenza tra adempimento contrattuale e adempimento dell'obbligo di impedimento è proprio espressione di questa logica. Così, il bagnino che non si presenta all'orario prestabilito non è responsabile in forma omissiva per l'annegamento di un bagnante, ma solo di un inadempimento contrattuale (se invece l'impianto balneare aveva promesso assistenza ai suoi iscritti, con ogni probabilità uno o più vertici di quella struttura dovranno essere chiamati a rispondere per omicidio colposo)<sup>321</sup>. Similmente, l'obbligo di prendersi cura della salute dei malati sorge per il medico che lavora in una struttura pubblica solo nel momento in cui inizia il rapporto terapeutico con ogni singolo degente, e non quando viene firmato il contratto<sup>322</sup>. Per i casi di trasferimento contrattuale, la giurisprudenza afferma che il garante originario è spogliato dell'obbligo, e quindi della conseguente responsabilità, solo se con le mutate circostanze fattuali perde anche la sua "signoria" sul bene da proteggere o sulla fonte pericolosa<sup>323</sup>.

Lo scopo resta sempre il medesimo: denunciare il rischio di una "costruzione artificiosa e sganciata dalla realtà, se viene disgiunta dalla verifica, oltre che dell'obbligo violato, dell'impedibilità dell'evento temuto, che sarebbe stato evitato da uno scrupoloso svolgimento

---

<sup>321</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pp. 212-213.

<sup>322</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 7 gennaio 2016, n. 1846, Pala, in *CED*, 265581; Cass. pen., sez. IV, sent. 2 dicembre 2011, n. 13547, Ferrari, in *CED*, 253293; Cass. pen., sez. IV, sent. 4 marzo 2009, n. 10819, Ferlito, in *CED*, 243874. Circa il momento finale, va ricordato che per alcune professioni mediche (chirurgo) l'obbligo di assistenza si estende anche oltre il momento in cui il medico esercita la propria attività topica (quella operatoria), prolungandosi al periodo di degenza successiva all'intervento: Cass. pen., sez. IV, sent. 6 marzo 2012, n. 1722, Arena, in *CED*, 252375.

<sup>323</sup> Cass. pen., sent. 18 giugno 1999, in *Dejure* e Cass. pen., sent. 22 novembre 2002, in *Dejure*.

dell'attività da parte del garante"<sup>324</sup>, e non cadere nell'equivoco dogmatico di una confusione tra la sussistenza dell'obbligo di impedimento e la sussistenza della colpa, che condurrebbe ad *"una dilatazione incontrollata della responsabilità, che dalla violazione dell'obbligo inferisce la responsabilità per l'evento-reato da altri cagionato, saltando la verifica, oltre che della rappresentabilità, della connessione causale con l'ipotetico adempimento"*<sup>325</sup>.

Esempi eloquenti dell'importanza di accompagnare al rigoroso accertamento delle fonti una verifica delle condizioni per il concreto dispiegamento di poteri impeditivi provengono dalla travagliata figura della delega di funzioni. Consapevoli della complessità del tema, ne richiamiamo in questa sede solo alcuni tratti<sup>326</sup>.

Vi sono innanzitutto dei requisiti formali: la delega, che è a tutti gli effetti un atto di autonomia privata che delinea la distribuzione delle competenze in un'organizzazione, deve, a norma dell'art. 16 comma 1 d.lgs. 81/2008, essere formalizzata in un atto scritto avente data certa e dev'essere accettata per iscritto.

È necessaria poi la condizione di impossibilità per il soggetto delegante di svolgere il compito che viene trasmesso, ovvero di maggior rischio se egli dovesse trattenere nelle proprie mani il potere di agire: pensiamo a tutte le situazioni in cui le attività di sorveglianza e prevenzione non possono essere svolte in modo continuativo, per esempio dall'imprenditore che si vede responsabile di molti siti produttivi o dal genitore che, trascorsi i primi mesi di vita del figlio, debba rientrare al lavoro e non possa essere presente in modo continuato.

In secondo luogo, è imprescindibile che il delegato sia competente, dunque disponga delle conoscenze teoriche e dell'esperienza pratica necessarie e che riceva poteri idonei a svolgere efficacemente il proprio compito; si tratta di poteri di organizzazione, gestione e controllo, come una discreta autonomia nell'organizzazione e distribuzione

---

<sup>324</sup> A. ALESSANDRI, *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 540; v. inoltre L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., pp. 5 ss.

<sup>325</sup> A. ALESSANDRI, *Corporate governance*, cit., p. 540; v. inoltre A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, pp. 610 ss.

<sup>326</sup> Per ulteriori approfondimenti, sia consentito il rinvio a F. D'ALESSANDRO, *Sub art. 40*, cit., pp. 554 ss., e ai testi ivi citati.

del lavoro tra i dipendenti, la sorveglianza sui tempi e sulle procedure, la scelta circa i fornitori, e l'autonomia di spesa per fronteggiare le necessità ordinarie del ramo d'azienda o del sito produttivo che è chiamato a dirigere. Tali poteri non potranno essere effettivamente a disposizione del delegato se non quando egli è materialmente presente nel luogo dove deve operare e ha preso in carico il compito di sorveglianza: ciò vale tanto per il direttore di stabilimento (che non può essere chiamato a rispondere se, per esempio, non è ancora ufficialmente ed effettivamente subentrato al precedente dirigente), quanto per il medico, fintanto che egli non entri in contatto con il paziente<sup>327</sup>.

Naturalmente, la stessa logica si applica anche in senso limitativo della responsabilità del garante delegato, quando egli non ha più il controllo effettivo della situazione, per esempio per il termine dell'orario di lavoro o per l'allontanamento della fonte del pericolo o del destinatario della protezione (il malato che viene dimesso dalla struttura ospedaliera, il trasferimento del direttore di stabilimento).

Vi sono inoltre compiti non delegabili, che restano in ogni caso in capo al garante primario, come per esempio quelli di scelta dei garanti secondari, e di buona organizzazione dell'attività che poi sarà delegata, intendendo in questo senso una gestione che metta effettivamente il garante secondario in grado di svolgere i propri compiti. Per fare alcuni esempi, l'art. 2381, comma 6 c.c. stabilisce che “*gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato*”, implicando la permanenza in capo ai vertici di un dovere di vigilanza circa il corretto comportamento dei delegati; l'art. 2932, comma 2 c.c. afferma che essi debbono impedire il comportamento di fatti dannosi o pericolosi quando siano comunque a conoscenza dei rischi in atto; infine, in materia di sicurezza sul lavoro, l'art. 16, comma 3 d.lgs. 81/2008 dispone che la delega non può in ogni caso comportare l'esclusione per i soggetti apicali di un obbligo di vigilanza sul corretto espletamento delle funzioni trasferite, il quale viene considerato assolto con l'adozione e la corretta attuazione del modello di verifica e controllo dell'art. 30, comma 4 del testo unico<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti.*, cit., pp. 195-197.

<sup>328</sup> Art. 30, comma 4 d.lgs. 81/2008: “Il modello organizzativo [i cui caratteri sono delineati nei commi precedenti] deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del

A completamento di quanto ora indicato, si può osservare che evidenziare la necessità, per l'attribuzione di obblighi al delegato, di specifici poteri apre la strada a muovere un passo ulteriore: la situazione in cui un soggetto gode dei poteri di controllo e di impedimento corrispondenti a quelli di una specifica posizione è utile, pur in assenza di una qualifica formale, a fondare la sua responsabilità *de facto*. Nel caso dei soggetti apicali, si tratta dell'amministratore di atto, una figura di origine giurisprudenziale e poi recepita dal legislatore: l'art. 2639 c.c. pone sullo stesso piano, ai fini dell'individuazione della responsabilità, il destinatario di una delega formale e colui che "esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione", escludendo pertanto la rilevanza di atti meramente episodici o non particolarmente significativi<sup>329</sup>; ancora, l'art. 299 d.lgs. 81/2008, fermi restando i requisiti formali della delega (indicati all'art. 16 del testo unico), dispone che "le posizioni di garanzia dei soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) [datore di lavoro], d) [dirigente] ed e) [preposto], gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti". In quest'ultima norma, il riferimento ai poteri giuridici, indica proprio la necessità che tali poteri siano calati nell'assetto organizzativo, e che il loro esercizio generi un certo affidamento per l'organizzazione e la sicurezza sul lavoro<sup>330</sup>.

---

medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico".

<sup>329</sup> Cfr. A. ALESSANDRI, *I soggetti*, in *Il nuovo diritto penale delle società: D. lgs. 11 aprile 2002*, n. 61, a cura di A. Alessandri, Milanofiori Assago, Ipsoa, 2002, pp. 43 ss.

<sup>330</sup> A tal proposito, va brevemente ricordato come un più risalente orientamento giurisprudenziale (cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 25 agosto 2000, n. 9343, in *Dejure*) richiedeva che la delega fosse sempre esplicita, inequivoca e tendenzialmente scritta, mentre alcune pronunce più recenti hanno stabilito che una delega formale è superflua "*allorquando ricorra la suddivisione dell'azienda in distinti settori, rami o servizi, ai quali siano preposti soggetti qualificati e idonei*" (Cass. pen., sez. III, sent. 13 marzo 2013, n. 11385, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., sez. III, sent. 6 marzo 2003, n. 19642, in *CED*, 224848; Cass. pen., sez. IV., sent. 3 marzo 1998, n. 548, in *Dejure*, in materia di

Si può osservare, inoltre, come neppure nei casi di responsabilità per omesso impedimento di un evento o di un reato *de facto* venga del tutto meno la necessità di una fonte formale dell'obbligo di garanzia. La posizione di garanzia non deriva da una situazione materiale che gli interpreti eleggono a presupposto della responsabilità omissiva, ma dal fatto che tale situazione materiale corrisponda pienamente ad una qualifica formale che, spesso per intenti elusivi, non vi si accompagna. In presenza di un esplicito riconoscimento legislativo, dunque, sarà possibile anche in questo caso affermare la responsabilità per omissione.

◆ *Le categorie degli obblighi di protezione e di controllo*

Dopo aver precisato alcuni tratti essenziali degli obblighi di impedimento e aver analizzato le possibili fonti degli stessi, possiamo effettuare una breve rassegna di quelli più significativi, e più frequentemente ripresi dalla giurisprudenza. Allo stesso tempo, preciseremo la nostra posizione sulla classificazione degli obblighi (di protezione e di controllo), per proporre, infine, quale strumento di verifica, un criterio di differenziazione tra gli obblighi di garanzia e altri tipi di obblighi ordinamentali.

Introducendo la teoria sostanzialistica, abbiamo illustrato la distinzione tra posizioni di garanzia di protezione e posizioni di garanzia di controllo. Tale classificazione indica la qualità della relazione di fatto su cui la posizione stessa si costruisce: nel primo caso, il garante è incaricato di proteggere determinati beni in capo a determinati soggetti, nel secondo di controllare tutti i rischi e i pericoli che possono derivare da una situazione o dal comportamento di un soggetto<sup>331</sup>. La stessa

---

prevenzione infortuni; Cass. pen., sez. III, sent. 26 febbraio 1998, n. 681, in *Dejure*, in materia di commercio di prodotti alimentari). Sulla necessità di osservare la realtà fattuale, che deve corrispondere alla situazione formalizzata dalla delega di funzioni, cfr., a titolo esemplificativo, Cass. pen., sent. 3 marzo 1998 e Cass. pen., sent. 26 giugno 1998, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, p. 364 (adesivamente, F. CENTONZE, *Ripartizione*, cit., p. 369; T. VITARELLI, *Profili penali*, cit., p. 263).

<sup>331</sup> G. GRASSO, *Il reato*, cit., p. 292 e F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito*, cit., pp. 337 ss.



classificazione viene adottata anche nella teoria formale e nella teoria mista; in tali contesti, tuttavia, il suo valore è meramente descrittivo: si tratta di due tecniche di tipizzazione normativa differenti ma affini, in cui i soggetti attivi restano individuabili grazie alle norme che stabiliscono quali siano i pericoli che debbono essere scongiurati (negli obblighi di controllo), o individuano il soggetto debole e i pericoli a cui esso è esposto (negli obblighi di protezione).

Adottiamo anche noi questa classificazione, dal punto di vista qualitativo, precisando che non sussistono invece distinzioni in ordine al meccanismo di imputazione<sup>332</sup>.

Il primo gruppo è quello degli *obblighi di protezione* (e quindi delle *posizioni di garanzia di protezione*) di un determinato interesse o di un soggetto. Numerosi sono gli esempi in ambito familiare: si possono ricordare quello di assistenza reciproca tra i coniugi (di cui all'art. 143 c.c.<sup>333</sup>, replicato per il caso delle unioni civili tra persone dello stesso sesso dall'art. 1, comma 11 l. 20 maggio 2016, n. 76); quello che impone ai genitori e ai tutori di proteggere la vita e l'incolumità fisica dei figli minorenni (a norma degli artt. 30 Cost., 147 e 357 c.c.)<sup>334</sup>, che può essere trasmesso temporaneamente ad altri soggetti, per esempio nel caso delle *babysitter*, che saranno quindi titolari di una posizione di garanzia derivata; gli obblighi alimentari (art. 433 c.c.). Simili obblighi sono inoltre previsti in caso di adozione dalla l. 4 maggio 1983, n. 184, mentre è più difficile

---

<sup>332</sup> Per ulteriori distinzioni tipologiche, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 646 ss.; M. ROMANO, *Pre Art. 39*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 335 ss.; G. GRASSO, *Il reato*, cit., pp. 320 ss.; G. FIANDACA, *I reati commissivi*, cit., pp. 189 ss.

<sup>333</sup> A titolo esemplificativo, v. Cass. pen., sent. 31 marzo 1952, in *Giust. pen.*, II, p. 734. Interessante la precisazione di parte della dottrina: l'obbligo sussiste a condizione che vi sia un vero e proprio rapporto di affidamento.

<sup>334</sup> Per la protezione dei minori dai reati contro la vita e l'incolumità individuale, cfr. Cass. pen., sent. 1° febbraio 1935, in *Giust. pen.*, 1937, II, p. 932 per la responsabilità di un genitore che non ha impedito l'omicidio del figlio perpetrato da altri parenti; Cass. pen., sent. 1° luglio 2002, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3060; Cass. pen., sent. 7 ottobre 2010, *ivi*, 2011, p. 3872. Una risalente pronuncia esclude invece in linea l'obbligo inverso, quello a carico dei figli nei confronti dei loro genitori (Cass. pen., sent. 21 dicembre 1932), che tuttavia è presente laddove il genitore non sia in grado di badare a se stesso e il figlio si offra di assisterlo.

tracciare un quadro esaustivo dei corrispondenti obblighi in caso di rapporti non esplicitamente regolamentati dalla legge, quindi tra i fidanzati, i cognati, o i conviventi *more uxorio*<sup>335</sup>. I genitori sono poi tenuti alla protezione dei beni patrimoniali dei figli minori<sup>336</sup> e della loro libertà sessuale dai reati diretti contro di essa, di prostituzione e di pornografia (art. 609 *bis*, comma 3, n. 4 e 8 c.p., art. 24 l. 75/1958, artt. 600 *bis* e *ter* c.p.): pur nella libera educazione sessuale che ogni genitore trasmette ai figli, questi confini sono segnati per preservare i minori dall'offesa a beni di grandissima rilevanza<sup>337</sup>, benché secondo alcuni autori sarebbe più opportuna la tipizzazione solo di alcune specifiche fattispecie omissive, anche per la notevole difficoltà probatoria di stabilire se il genitore sia rimasto inerte volontariamente, o piuttosto per paura o rassegnazione<sup>338</sup>. Vengono in considerazione anche i rapporti tra soggetti conviventi che non fanno parte della stessa famiglia, per esempio all'interno di un monastero o in una collaudata

---

<sup>335</sup> Cfr. Cass. pen., sent. 29 novembre 2006, Aprigliano, in CED, 235681, circa l'obbligo della madre di una bambina psichicamente menomata di proteggere la piccola dagli abusi sessuali perpetrati dal proprio convivente; Cass. pen., sent. 19 luglio 2011, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, p. 608, con nota di B. ROMANO, nega la responsabilità della nonna per i reati sessuali commessi da terzi sui nipoti minori.

<sup>336</sup> Questo obbligo è affermato da alcuni (I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 84 ss., mentre è discusso da altri (G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 52 e 177 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., pp. 300 ss.). La causa di non punibilità di cui all'art. 649 c.p. non si applicherebbe poiché non è il solo genitore a commettere il reato, ma egli non impedisce un reato commesso da altri: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 170.

<sup>337</sup> V. in proposito, per es., Cass. pen., sent. 6 maggio 2004, in Cass. pen., 2006, p. 115; Cass. pen., sent. 19 gennaio 2006, *ivi*, 2007, p. 2069; Cass. pen., sent. 16 giugno 2006, *ivi*, 2007, p. 3729; Cass. pen., sent. 14 dicembre 2007, *ivi*, 2008, p. 3230; Cass. pen., sent. 8 luglio 2009, in CED, 244931; Cass. pen., sent. 22 settembre 2009, in *Studium iuris*, 2010, p. 467; Cass. pen., sent. 11 ottobre 2011, in CED, 251624; Cass. pen., sent. 15 novembre 2011, Sabella, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 49; Cass. pen., sent. 17 luglio 2012, *ivi*, 2012, p. 1058; Cass. pen., sent. 19 dicembre 2014, in *Giust. pen.*, 2015, II, p. 99.

<sup>338</sup> Sul punto, cfr. M. SERRAINO, *La responsabilità penale del genitore per omesso impedimento della violenza sessuale in danno di figli minori*, in *Foro it.*, 2005, II, pp. 264 ss.; G. FIANDACA, *Il reato*, cit., p. 182. Favorevole, invece, I. LEONCINI, *Obbligo*, cit., p. 91.

collaborazione domestica<sup>339</sup>, come pure la responsabilità del dirigente scolastico, dei docenti e del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca nei confronti dell'alunno<sup>340</sup>, e degli istruttori sportivi o di coloro che forniscono l'attrezzatura per attività ricreative<sup>341</sup>.

In un contesto pubblicistico ricordiamo i doveri dei dipendenti dell'amministrazione penitenziaria responsabili della salute e dell'incolumità dei detenuti (ai sensi degli artt. 1 e 11 l. n. 354/1975), del personale del servizio sanitario nazionale (artt. 14 e 25 l. 833/1978), dei prefetti per l'organizzazione del Servizio di Protezione Civile in caso di eccezionali calamità naturali (art. 14 l. 225/1992)<sup>342</sup>.

Molto rilevanti sono i doveri di cura (medici, terapeuti, professionisti sanitari) e di prevenzione e soccorso da infortuni pubblici e privati (Protezione Civile, vigili del fuoco, altri corpi specializzati); per quest'ultima categoria di obbligati, in particolare per i soggetti apicali, si affiancano poi anche obblighi di controllo delle fonti di pericolo (vedi *infra*).

Nell'ambito dell'attività di impresa, sono obblighi di protezione quelli che gravano sui membri del consiglio di amministrazione<sup>343</sup>, i componenti del comitato esecutivo, l'amministratore o gli amministratori delegati, chiamati a proteggere il patrimonio sociale dagli illeciti dei direttori generali, dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili e degli institori. Tra le numerose fattispecie in questione, vanno

---

<sup>339</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 384. Per la derivazione di questi obblighi anche da fonti non scritte, v. Cass. pen., sent. 9 luglio 1998, n. 212.144, in *Dejure*.

<sup>340</sup> Cass. pen., sent. 8 giugno 2000, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, 2001, p. 157; Cass. pen., sent. 9 febbraio 2012, in *Dejure*.

<sup>341</sup> Cass. pen., sent. 19 febbraio 1991, Souberan, in *Massimario Penale della Corte Suprema di Cassazione*, 1992, n. 11, p. 82; Cass. pen., sent. 1° dicembre 2000, Durante, in *CED*, 218690.

<sup>342</sup> Cass. pen., sent. 19 luglio 2001, in *Studium iuris*, 2002, p. 399.

<sup>343</sup> In capo ai membri del consiglio di amministrazione permane peraltro una posizione di garanzia anche in caso uno o più di essi abbiano ricevuto una delega di funzioni, nel caso i membri non delegati dell'organo siano venuti a conoscenza del pericolo della commissione dell'illecito (art. 2392, comma 2 c.c.).

però selezionate, ai fini della nostra analisi, solo quelle rimproverabili anche a titolo di colpa.

Molti sono gli anche gli esempi di assunzione volontaria, da ricondurre – come abbiamo visto – alla fonte contrattuale, come per il bagnino che, stipulando un contratto di lavoro con l'ente che gestisce la piscina, si impegna a dare assistenza ai bagnanti o per l'infermiere che sottoscrive un contratto per l'assistenza a domicilio di un degente, o la guida alpina alla quale gli scalatori inesperti si affidino, sempre che vi sia una concreta ed effettiva presa in carico dell'obbligo.

Nel secondo gruppo troviamo gli *obblighi di controllo* (e quindi le *posizioni di garanzia di controllo*) di una fonte di pericolo<sup>344</sup>.

Sono previsti innanzitutto in relazione alla proprietà e al possesso di una cosa, un edificio<sup>345</sup>, un autodromo, un impianto sciistico, un autoveicolo o un animale pericolosi (cfr. artt. 2051-2054 c.c.); secondo la concezione più rigoristica è però necessario non ricavare con troppa leggerezza l'esistenza di obblighi impeditivi dagli artt. 2050 e 2054 c.c., che invece possono essere fonte esclusivamente di più generici obblighi di attivarsi<sup>346</sup>. Un altro gruppo di obblighi è dettato in relazione ai fenomeni naturali potenzialmente catastrofici, quali frane, valanghe e inondazioni: si pensi alla

---

<sup>344</sup> Questa più articolata dizione è necessaria perché “obblighi di controllo” può indicare semplicemente un reato omissivo proprio in cui il soggetto agente non è titolare del dovere di impedire un evento, ma solo di attivarsi in altro modo: sulla distinzione tra gli obblighi di impedimento *tout court* e altri, si veda *infra*.

<sup>345</sup> Cfr. Cass. pen., sent. 10 luglio 2014, n. 38983, in *Dejure*, per la responsabilità dei proprietari in caso di un crollo dovuto alla trascuratezza. Per la corrispondente posizione di garanzia in capo all'imprenditore che durante la sospensione dei lavori per i quali ha vinto un appalto pubblico non adotta le cautele adeguate per evitare il crollo dello stabile, cfr. Cass. pen., sent. 31 ottobre 1991, Rezza, in *CED*, 191808, e in dottrina G. MORGANTE, *Le posizioni di garanzia nella prevenzione antinfortunistica in materia di appalto*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2001, pp. 88 ss.

<sup>346</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 170. Alcuni anni fa, una pronuncia della Cassazione aveva ritenuto responsabile il proprietario di un appartamento che si era disinteressato del pessimo stato in cui versava la caldaia, il cui malfunzionamento aveva causato l'intossicazione e la morte dell'inquilino: Cass. pen., sent. 6 febbraio 2006, Abbiati, in *CED*, 235369; peraltro, la sentenza sembra ricavare l'esistenza di una posizione di garanzia da un potere di fatto.

responsabilità di prevenzione che grava sugli organi del Servizio della Protezione Civile (l. 24 febbraio 1992, n. 225 e l. 9 novembre 2001, n. 401); in proposito, va ricordato che sono da considerare organi di tale Servizio anche il Prefetto e il Sindaco, i quali se non attuano le misure necessarie (avvisi alla popolazione, ordini di evacuazione, divieto di avvicinamento alle aree a rischio) possono rispondere per omicidio colposo plurimo degli eventuali decessi e dei delitti di inondazione, frana o valanga (artt. 426 e 449 c.p.)<sup>347</sup>. Altri obblighi di controllo sono volti a neutralizzare i pericoli per la sicurezza dei lavoratori e per l'integrità del patrimonio ambientale causati dalle attività umane, come nei casi di attività estrattiva<sup>348</sup>, o di trasporto su strade<sup>349</sup> e strade ferrate<sup>350</sup> e di natanti<sup>351</sup>, dal momento che i soggetti apicali, a differenza dei singoli dipendenti, sono forniti del

---

<sup>347</sup> Alcuni esempi giurisprudenziali lo confermano: sulla responsabilità del sindaco, cfr. Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2000, n. 16761, Catalano, in *CED*, n. 247015; circa il prefetto, Trib. Alba, 19 luglio 1997, sez. X, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1008, con commento di S. CORBETTA, e Cass. pen., sez. IV, sent. 10 luglio 2001, n. 33577, in *CED*, n. 219971.

<sup>348</sup> Cfr. art. 7 d.P.R. 9 aprile 1959, n. 128 per la responsabilità dei costruttori, dei gestori e dei direttori della cava o miniera in caso di frane provocate dall'uomo (sul punto, v. la celeberrima sentenza sul disastro di Stava; Cass. pen., sez. IV, sent. 6 dicembre 1990, n. 4793, Bonetti, in *CED*, n. 191796).

<sup>349</sup> Cfr., per es., Cass. pen., sent. 1° aprile 2008, Cerri, in *CED*, 240218, che ha riconosciuto la responsabilità di chi, all'interno dell'ente pubblico, è incaricato della manutenzione nel caso l'incidente sia stato causato dalle cattive condizioni della strada.

<sup>350</sup> Il d.P.R. 11 luglio 1980, n. 753 e la l. 17 maggio 1985, n. 210 distribuiscono la responsabilità omissiva per i deragliamenti, le collisioni e i danni conseguenti tra il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, il direttore generale delle Ferrovie dello Stato, diversi dirigenti, il personale esecutivo e persino gli addetti ai passaggi a livello: i soggetti apicali sono investiti dell'obbligo di emanare norme organizzative adeguate in materia di collaudo, segnalazione delle emergenze, velocità dei convogli, etc.), mentre il personale deve azionare correttamente i dispositivi per evitare le collisioni (come i dispositivi luminosi e sonori dei passaggi a livello). Sulla responsabilità del manovratore che non ha correttamente bloccato un treno sul binario e non ha attivato il freno a mano causando il deragliamento e l'invasione di due carreggiate stradali, cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 18 gennaio 2012, n. 15444, Tedesco, in *CED*, n. 253500. Sulla responsabilità per l'investimento di un passante in una sezione dei binari normalmente interessata dall'attraversamento pedonale e priva di recinzioni, cfr. Cass. pen., sent. 13 febbraio 2008, Bonfanti, in *CED*, 239260, e Cass. pen., sent. 5 aprile 2000, Patti, in *CED*, 217892.

<sup>351</sup> Per la posizione di garanzia del comandante della nave in relazione alle operazioni di imbarco di passeggeri e veicoli, cfr. Cass. pen., sent. 6 dicembre 2003, O., in *Foro it.*, 2004, II, p. 691.

potere di organizzazione necessario a proteggersi dai pericoli inerenti alle loro attività. Vi sono poi gli obblighi legati alle attività sportive che presentano un determinato potenziale di rischio (sci, corse automobilistiche, *rafting*, etc.)<sup>352</sup>. Inoltre, i rapporti di cura, custodia e istruzione tra i genitori, i tutori, i maestri e i loro assistiti danno origine anche a obblighi rientranti in questa seconda categoria, poiché i soggetti responsabili debbono impedire i danni a terzi, ma pur sempre nel rispetto della sfera di libertà personale, e ricordando che “*il rapporto educativo esige una fiducia di fondo*”<sup>353</sup>. Anche per questo secondo gruppo di obblighi di garanzia, l’ambito dell’attività di impresa si rivela un terreno fecondo. In particolare, i soggetti apicali (titolari dell’impresa individuale e membri del consiglio di amministrazione delle società di capitali) hanno il compito di organizzare la struttura imprenditoriale e societaria in modo da prevenire la commissione di reati che possono ledere i più vari beni giuridici (reati ambientali, contro l’incolumità individuale e collettiva, etc.)<sup>354</sup>. Gli obblighi di controllo discendenti dalla gestione commerciale, tecnica e operativa dell’impresa gravano innanzitutto su chi è titolare dell’impresa individuale e sui consiglieri di amministrazione della società di capitali (art. 2392, comma 2 c.c.), chiedendo loro un impegno nel campo della sicurezza sul lavoro, in cui il datore è garante primario (a norma dell’art 2087 c.c. e del d.lgs. 81/2008).

◆ *La discussa categoria degli obblighi di impedimento del reato altrui*

La nostra analisi, come abbiamo illustrato, ha ad oggetto l’interazione tra due soggetti. Tra gli obblighi di impedimento che possono fondare la responsabilità impropria di A, vi è una categoria che esprime al massimo grado il legame relazionale tra il comportamento di un altro soggetto (B) e i profili di responsabilità di A: si tratta degli obblighi, gravanti su A, di impedire il reato altrui (commesso da B).

---

<sup>352</sup> Per la responsabilità del gestore di un impianto per il *rafting*, cfr. Cass. pen., sent. 22 ottobre 2004, L.P., in *Dejure*.

<sup>353</sup> M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 387.

<sup>354</sup> Cfr. art. 2392, comma 2 c.c.

Ovviamente, anche per gli obblighi di protezione e di controllo che abbiamo illustrato fin qui sono presenti profili di relazionalità nella determinazione del contenuto del dovere di A rispetto al comportamento di B. Basti pensare, per gli obblighi di protezione, al dovere dei genitori di salvaguardare la vita e l'incolumità fisica dei figli minori: l'obbligo sussiste indipendentemente dalla fonte della minaccia, che potrebbe essere una causa naturale, come una malattia o una slavina, oppure un'azione umana, come un tentativo di omicidio del figlio. La stessa considerazione è applicabile agli obblighi di controllo: la fonte di pericolo, infatti, potrebbe non essere costituita da un oggetto (come una sostanza tossica nei casi della responsabilità da prodotto, ad es. caso IV), bensì una condotta umana (si pensi ad un altro esempio del IV gruppo, in cui il dentista A, stanco per la lunga giornata di visite, non controlla adeguatamente il collaboratore B, ancora inesperto, che sceglie il trapano sbagliato e arreca un danno alla gengiva del paziente). Quello che intendiamo affermare è che in molte circostanze, l'obbligo di proteggere un determinato bene giuridico di cui sia titolare un soggetto bisognoso di questa forma di tutela, o di controllare una fonte di pericolo perché non sia arrecata un'offesa ad altri consociati, può *in concreto* tradursi nell'impedimento del reato (tentato o consumato) di B.

Il problema che ora dobbiamo affrontare riguarda però quelle situazioni in cui l'obbligo di cui A è titolare non è formulato come un dovere di protezione o di controllo, ma *specificamente e inequivocabilmente* come un dovere di impedire i reati commessi da determinati soggetti.

La categoria dell'obbligo di impedimento del reato altrui presenta, secondo il nostro parere, quattro diversi ordini di problemi: (a) la sua ammissibilità dal punto di vista dogmatico, alla luce della formulazione dell'art. 40, comma 2 che non parla di impedimento di un reato, bensì di impedimento di un evento; (b) la natura monosoggettiva o concorsuale della responsabilità di A per non aver impedito il reato di B; (c) l'autonomia di questa categoria di obblighi rispetto alle citate categorie di obblighi di protezione e di controllo; (d) la delimitazione degli obblighi di impedimento di un reato altrui.

Esaminiamo le questioni partitamente.

(a) Il primo tema riguarda la stessa possibilità di intendere l'espressione "evento" contenuta nell'art. 40, comma 2 c.p. come "reato commesso da altri"; se la si nega, il soggetto garante può di conseguenza essere gravato dell'obbligo di impedire semplicemente l'*evento di quel reato*, e non *il reato nel suo complesso*. La soluzione di questo interrogativo non ha un semplice valore dogmatico: una consolidata opinione dottrinale, infatti, afferma che non operano, rispetto al reato che A deve impedire, le limitazioni ai soli reati causali puri né ai soli reati di evento; in altre parole, il garante A può essere titolare di un obbligo di impedire anche un reato privo di evento naturalistico commesso da B, ed essere imputato ai sensi dell'art. 40, comma 2<sup>355</sup>. Così, per esempio, è possibile elevare un'imputazione non solo contro la guardia giurata che non impedisce ad un folle di introdursi armato nel Palazzo di Giustizia e di aprire il fuoco (caso II), ma anche contro il custode di un palazzo che non impedisca il furto in abitazione, o contro il primario ospedaliero che non impedisca la violenza sessuale perpetrata da alcuni infermieri a danno di un paziente nel suo reparto.

Come accennato, il legislatore offre un dato ambiguo: da un lato, la formulazione della norma penale non specifica la possibilità di intendere l'evento come reato, dall'altro non la esclude esplicitamente.

I critici sostengono che tale interpretazione determini un'eccessiva variabilità nei due gruppi di ipotesi in cui viene utilizzata la clausola: in ambito monosoggettivo, con una forte limitazione delle tipologie di reato; in ambito plurisoggettivo, senza questi confini. L'incongruenza si tradurrebbe, peraltro, in una notevole estensione delle potenziali responsabilità individuabili grazie al meccanismo di equiparazione tra l'evento e il reato, nonché nell'espansione dei beni giuridici che sono ritenuti meritevoli di ricevere una tanto spiccata forma di tutela. Questi studiosi lamentano l'assenza di una posizione definita da parte del legislatore, che si mantiene sul punto ancora una volta muto, ma, *de jure condito*, ritengono che sia più rispettoso della formulazione testuale (pur in assenza – come accennavamo – di un divieto esplicito), e soprattutto del principio di *extrema*

---

<sup>355</sup> Questa la visione, tra gli altri, di G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 141; S. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., pp. 1340 ss.



*ratio* del diritto penale, trasferire i limiti per il contesto monosoggettivo anche a quello plurisoggettivo<sup>356</sup>.

La nostra posizione, conforme alla dottrina maggioritaria<sup>357</sup>, è invece nel senso di ammettere gli obblighi di impedimento dei reati altrui come base per la costruzione di una responsabilità omissiva impropria ex art. 40, comma 2 c.p. Questo perché la formulazione di questa norma non lo esclude e perché il termine “evento” viene utilizzato dal legislatore con un significato variabile nell’ordinamento penalistico, riferendosi talvolta all’intero fatto di reato (ad es., nell’art. 116 c.p.: “qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l’evento è conseguenza della sua azione od omissione”, dove il termine evento non può che indicare *il reato realizzato dai concorrenti*, di cui – a determinate condizioni – risponde anche il soggetto che aveva voluto un reato diverso). Quanto all’obiezione sul rischio di sovvertire i limiti di applicabilità dell’art. 40, comma 2 per gli obblighi di protezione e di controllo, osserviamo che nessun vincolo esplicito impone che il campo di applicazione sia identico anche per l’impedimento del reato altrui<sup>358</sup>. D’altra parte, la previsione di tali obblighi è conforme alla *ratio* di offrire una tutela più spiccata a determinati beni giuridici e, inoltre, una chiara formulazione di questi obblighi scongiurerebbe in ogni caso l’elusione dei principi di stretta legalità e tassatività. In altre parole, anziché vietare in modo *aprioristico* la categoria dell’obbligo di impedire un reato altrui, appare maggiormente conforme alla stessa previsione letterale dell’art. 40, comma 2 c.p. ammettere questa possibilità, con l’accortezza di formulare chiaramente gli obblighi di cui A è gravato (e tale chiarezza è necessaria per qualsiasi obbligo di impedimento).

---

<sup>356</sup> G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 113; L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 1267 ss.; ID., *Combinazione e interferenza*, cit., pp. 389 ss.

<sup>357</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., pp. 293 s., e L. BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, cit., pp. 1339 ss.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, Jovene, 2013.

<sup>358</sup> Riprenderemo queste argomentazioni nel Capitolo IV, par. 4.

(b) La seconda tematica concerne la natura della responsabilità di A, il garante che non ha impedito il reato altrui. A che titolo, infatti, viene a questi imputata una responsabilità equiparabile a quella di B che realizza direttamente il reato? Una prima soluzione è disegnare una responsabilità concorsuale, avvalendosi dell'art. 113, cioè della norma che fonda gli istituti della cooperazione colposa e del concorso colposo in reato doloso; secondo altre interpretazioni, la sovrapposizione tra la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2 e l'art. 113 sarebbe del tutto inammissibile, e questo perché, in radice, non è possibile l'equiparazione tra il concetto di "evento" non impedito e quello di "reato altrui"; ancora, ammettendo la suddetta equiparazione, parte della dottrina ha sostenuto che l'art. 40, comma 2 non necessita della combinazione con l'art. 113 c.p. perché integra di per sé una forma concorsuale di responsabilità; infine, un'ulteriore posizione – alla quale aderiamo – afferma che l'art. 40, comma 2 è sufficiente di per sé a fondare la responsabilità di A, ma aggiunge che tale responsabilità *non ha natura concorsuale, bensì monosoggettiva*.

Ci riserviamo di esporre con dovizia di argomentazione le singole tesi nell'ultimo capitolo del nostro lavoro, poiché per comprenderle a fondo è necessario esaminare preventivamente la struttura della cooperazione colposa e del concorso colposo in reato doloso (e i relativi dubbi). In quella sede riprenderemo e arricchiremo anche le argomentazioni che abbiamo sinteticamente esposto *supra* circa la possibilità di equiparare il reato altrui all'evento non impedito.

(c) La terza questione concerne l'autonomia della categoria di omesso impedimento di un reato altrui rispetto agli obblighi di protezione e di controllo.

I suoi sostenitori evidenziano che tali obblighi non sono assimilabili a quelli di controllo: non è possibile equiparare i soggetti che commettono gli illeciti a vere e proprie fonti di pericolo, in particolare quando si tratta di persone capaci. Un altro argomento a favore di un'autonoma categorizzazione è quello della dottrina che ritiene che la responsabilità di A, in questi casi, non si fondi solo sull'art. 40, comma 2 c.p., ma anche su una norma concorsuale<sup>359</sup>.

---

<sup>359</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 170.

Pur non concordando con quest'ultima affermazione, aderiamo all'istanza di classificare gli obblighi per omesso impedimento dei reati altrui separatamente da quelli di protezione e di controllo. Questo non perché la responsabilità di A abbia una struttura diversa in questi casi: come illustrato, si tratta solo di una più spiccata nota di relazionalità.

Il motivo è, invece, che la formulazione di questi obblighi richiede esplicitamente ad A di evitare i reati che B potrebbe commettere. È vero che tale obbligo può essere dettato in ragione della necessità di proteggere uno specifico bene di un particolare soggetto (ad es., il direttore della casa di riposo deve impedire i reati del personale in danno dei degenti per salvaguardare l'incolumità di questi), ovvero di controllo di una fonte di pericolo (ad es., il tutore di un infermo di mente deve impedire i reati che quest'ultimo può commettere in danno del prossimo). Come accennavamo, tuttavia, altro è il *generico* obbligo di difendere un bene giuridico (per es., la salute) da rischi naturali, come una malattia, o umani, come l'aggressione da parte di B, o l'obbligo di controllare una fonte di pericolo (che può essere naturale o riconducibile ad un essere umano); altro è lo *specifico* obbligo di impedire il reato di un determinato soggetto terzo<sup>360</sup>.

In altre parole, se un obbligo ricada in una o nell'altra categoria dipende esclusivamente dalla sua formulazione, e non anche da una differenza strutturale. La prassi però presenta diversi obblighi che sono formulati specificamente nel senso di impedire il reato altrui.

I soggetti la cui azione criminosa va ostacolata possono essere incapaci (infermi di mente, minori), ma anche capaci (si pensi all'obbligo di ciascun amministratore di una società commerciale di controllare che gli altri non commettano un reato); possono essere inquadrati in una gerarchia pubblicistica (il militare subordinato viene controllato dal superiore), o sottoposti al potere coercitivo dei garanti (i cittadini nei confronti delle forze dell'ordine), ma anche intrattenere con questi un rapporto paritario (appunto, gli amministratori delle società).

---

<sup>360</sup> Cfr. F. D'ALESSANDRO, Art. 40, cit., pp. 548-549.

La giurisprudenza ha ravvisato una simile posizione di garanzia nei casi più disparati: dal responsabile di una casa di riposo pubblica per i maltrattamenti a danno degli ospiti<sup>361</sup>, al direttore generale di un'Unità Sanitaria Locale per i reati da lui conosciuti<sup>362</sup>, per chi aveva poteri di intervento in episodi di corruzione<sup>363</sup>, per il direttore di una miniera che è responsabile dei beni in essa contenuti come previsto dalle norme di polizia mineraria<sup>364</sup>, per i sindaci di quei comuni dove non sono diversamente ripartiti a livello amministrativo i poteri di impedimento per la tutela delle opere realizzate dall'amministrazione sui territori demaniali<sup>365</sup>, per il proprietario non committente e il nudo proprietario che scientemente non impediscono la costruzione abusiva sul loro fondo<sup>366</sup>, per il responsabile di un'azienda familiare in relazione agli illeciti dei collaboratori<sup>367</sup>. Si osservi, inoltre, che in questa categoria potrebbero rientrare anche tutti i casi di omesso impedimento dei reati a mezzo stampa, ex artt. 57 e 57bis c.p., come pure l'omesso impedimento di reati militari di cui all'art. 138 c.p.m.p.

Altre ipotesi riguardano i reati commessi da persone incapaci per età o infermità mentale e che vengono imputati ai genitori, tutori, infermieri, maestri, insegnanti (ex artt. 2047 e 2048 c.c.)<sup>368</sup>, o gli illeciti propri dell'ambito imprenditoriale e finanziario o

---

<sup>361</sup> Cass. pen., sent. 30 maggio 1990, Cosco, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1505; Cass. pen., sent. 7 ottobre 1994, Trinvale, in *Cass. pen.*, 1996, p. 511.

<sup>362</sup> Cass. pen., sent. 19 giugno 1996, Di Francesco, in *Cass. pen.*, 1997, p. 360; Cass. pen., sent. 29 novembre 2000, Leoni, in *CED*, 217998.

<sup>363</sup> Cass. pen., sent. 5 febbraio 1991, Aceto, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 55.

<sup>364</sup> Cass. pen., sent. 6 dicembre 1990, Bonetti, in *Dejure*.

<sup>365</sup> Cass. pen., sent. 20 febbraio 2007, Pisanò, in *CED*, 236090.

<sup>366</sup> Cass. pen., sent. 8 maggio 2009, in *CED*, 243961; Cass. pen., sent. 12 luglio 1999, Cucci, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2751; Cass. pen., sent. 11 novembre 1999, Giovannella, in *CED*, 214609.

<sup>367</sup> Cass. pen., sent. 5 aprile 2007, Roscio, in *CED*, 236748.

<sup>368</sup> Per un esempio di responsabilità penale dello psichiatra in relazione ad un omicidio commesso da un paziente, cfr. Cass. pen., sent. 14 novembre 2007, n. 10795 e Cass. pen., sent. 12 novembre 2008, in *CED*, 242830, entrambe in *Dejure*.

comune che ricadono nell'ambito di vigilanza degli amministratori e dei sindaci delle società ex artt. 2392 c.c.

(d) L'ultima questione da esaminare concerne la delimitazione degli obblighi di impedire un reato altrui. Il rischio, infatti, è quello di disegnare obblighi di impedimento di *ogni* reato da parte di *ogni* potenziale agente in capo ad un garante che, realisticamente, sarà impossibilitato ad adempiere tale compito.

I casi più rilevanti riguardano i membri delle forze dell'ordine. In proposito, la maggior parte degli studiosi ritiene che in circostanze normali non sia loro imputabile la responsabilità per l'omesso impedimento del reato compiuto da un qualsiasi soggetto<sup>369</sup>, in quanto il dovere di prevenzione e ostacolo all'illegalità sarebbe troppo generico per poter fondare un simile obbligo di impedimento (il fondamento sarebbero gli artt. 55 c.p. e 1 r.d. 18 giugno 1931, n. 773, T.U.L.P.S.)<sup>370</sup>, che risulterebbe esteso potenzialmente ad ogni bene di ogni soggetto nella sfera di interazione del garante, e diventerebbe insopportabile per chiunque, oltre a generare una paralisi dei rapporti sociali dal momento che tutti i consociati dovrebbero essere controllati da legioni di agenti in divisa in ogni loro attività; inoltre, sussisterebbe una contraddizione con l'assunto essenziale alla base del valore deterrente delle norme penali in un ordinamento democratico, secondo cui i consociati destinatari di queste sono in grado di orientare il proprio comportamento e non sono, al contrario, soggetti fondamentalmente irresponsabili che è necessario controllare continuamente. È questo anche un esempio concreto del rischio che una tipizzazione troppo elastica degli obblighi di impedimento tenda al sacrificio di importanti beni giuridici quali la proprietà privata, la libertà personale e di autodeterminazione. I profili di rilevanza penalistica per le omissioni delle

---

<sup>369</sup> Al contrario, la giurisprudenza propende talvolta proprio per questa impostazione generalista: Cass. pen., sent. 18 giugno 1965, Deiana, in *Dejure*; Cass. pen., sent. 6 dicembre 1991, Viani, in *Riv. pen.*, 1992, p. 659; Cass. pen., sent. 30 gennaio 1996, Tucci, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1496.

<sup>370</sup> "Il generico dovere d'impedimento dei reati, caratterizzante le funzioni di polizia, non soddisfa i caratteri di determinatezza e specialità che connotano il rapporto di protezione su cui il diritto penale fa poggiare la responsabilità per omissione": D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 214.

forze dell'ordine devono perciò essere limitati ad alcuni precisi reati, come l'omissione di atti d'ufficio<sup>371</sup>, e alle fattispecie che puniscono l'agevolazione colposa di determinati reati e quindi, indirettamente, rivelano la presenza di un dovere di impedimento (es: art. 254 c.p., agevolazione colposa di distruzione o sabotaggio di opere militari; art. 259 c.p., agevolazione colposa dell'esecuzione dei reati previsti dagli artt. 255, 256, 257 e 258 c.p., concernenti i reati di spionaggio; art. 335 c.p., agevolazione colposa dei doveri inerenti alla custodia di cose pignorate o sequestrate; art. 350 c.p., agevolazione colposa di violazione di sigilli). Unica eccezione sono i casi di protezione di specifici individui, come per le guardie del corpo; in proposito, tuttavia, dottrina minoritaria obietta che non vi sarebbe alcuna differenza strutturale tra quest'ultima ipotesi e l'azione comune delle forze dell'ordine e che in entrambi i casi potrebbe sussistere la responsabilità ex art. 40, comma 2 c.p.<sup>372</sup>.

Diverso, ma strettamente collegato, è il problema della corrispondenza tra una posizione di garanzia e un effettivo potere impeditivo che emerge, ancora una volta, nell'ambito delle organizzazioni complesse: non è semplicissimo per l'interprete individuare, nella rete articolata e variabile delle società che adottano vari modelli di *governance*, e anche nelle strutture che presentano un inferiore grado di formalizzazione, quali siano i soggetti realmente investiti di un potere concreto per arrestare la serie causale avviata da un altro soggetto<sup>373</sup>. Se anteriormente alla riforma del diritto societario del 2004 (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e i successivi decreti correttivi 6 febbraio 2004, n. 37 e 28 dicembre 2004, n. 310) la maggioranza di dottrina e giurisprudenza affermava

---

<sup>371</sup> Così M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 388; G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 195 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 331. Per una rassegna, cfr. L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato*, cit., pp. 1352 ss. Tenta invece una riesplorazione di tale obbligo I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 134 ss.

<sup>372</sup> Favorevoli in tal senso G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 335; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 147.

<sup>373</sup> Sia consentito il rinvio ai contributi che trattano specificamente questo tema, tra cui: C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. eco*, 1988, p. 128; A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, Utet, 1992, vol. VI, p. 196; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 125.

con sicurezza una posizione di garanzia per amministratori e sindaci<sup>374</sup>, altri studiosi hanno optato per una differenziazione tra questi due ruoli, riservando ai sindaci dei meri obblighi di sorveglianza e negando, dunque, la titolarità di veri e propri poteri di impedimento<sup>375</sup>. La riforma del diritto societario ha poi aperto un vivace dibattito circa il nuovo assetto dei poteri, in particolare per il sistema di *governance* monistico e dualistico, e se la loro titolarità in capo ad un organo collegiale comporti automaticamente la genesi di una posizione di garanzia per ciascuno dei componenti<sup>376</sup>.

Questa categoria pone quindi soltanto apparentemente un'esigenza di più rigida tipizzazione; ma, a ben guardare, si tratta dell'usuale problema di precisione delle norme penali e di quelle da essa implicate nella fondazione della responsabilità penale come, appunto, le norme che disciplinano l'obbligo di impedimento che grava su A e che assegnano ad A i relativi poteri di impedimento.

---

<sup>374</sup> F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci nelle società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1990, p. 553. Sul punto, cfr. A. ALESSANDRI, in *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, a cura di C. Pedrazzi-A. Alessandri-L. Foffani-S. Seminara-G. Spagnolo, Milano, Monduzzi, 2003, pp. 85 ss.; A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1147 ss.; per un approfondimento circa i modelli alternativi di *governance*, F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit.

<sup>375</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 123: "non potrà mai aversi un obbligo di garanzia, over il terzo autore della condotta illecito sia fornito di poteri diversi o superiori o di un'autonomia decisionale sull'atto integrante il reato, rispetto all'obbligato. In quest'ultimo caso, non essendo ravvisabile un effettivo potere giuridico 'impeditivo' potrà aversi, al più, un obbligo di sorveglianza (es: dei sindaci nei confronti degli eventuali atti illeciti degli amministratori)". Sulla stessa linea F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito*, cit., p. 343 e N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni: posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 51.

<sup>376</sup> Sul punto, non si può che rinviare, tra i molti contributi, a: N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., pp. 242 ss.; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., pp. 339 ss.; A. CRESPI, *La giustizia penale*, cit., p. 1419.

◆ *La distinzione tra obblighi di impedimento, di sorveglianza e di attivarsi*

All'esito di questa rassegna, e dopo aver indicato i caratteri comuni a tutti gli obblighi di impedimento in funzione dei principi fondamentali dell'ordinamento, possiamo precisare alcuni criteri discretivi per distinguerli da altri obblighi di comportamento.

Innanzitutto, aderiamo a quella parte della dottrina<sup>377</sup> (benché la giurisprudenza sembri spesso di tutt'altro avviso<sup>378</sup>), che distingue nettamente l'obbligo di impedimento dall'*obbligo di sorveglianza* che, pur accumulato al primo dal carattere giuridico e dall'essere destinato a specifiche categorie di soggetti, se ne distacca perché ad esso non corrispondono poteri impeditivi; si sostanzia infatti nel dovere di "*vigilare su altrui attività per conoscere della eventuale commissione di fatti offensivi e di informare il titolare o il garante del bene*"<sup>379</sup>. Un esempio è quello dei poteri dei sindaci delle società commerciali (artt. 2403 e 2407 c.c.) e di altri organi di vigilanza all'interno delle società, poiché essi sono gravati del dovere di informare i competenti organi e non anche di quello di impedire direttamente gli illeciti. Assimilabile a questa posizione è anche quella dei soggetti che in un'impresa – senza ricevere una delega di funzioni – sono incaricati dal datore di lavoro e dal gestore di vigilare e riferire sull'osservanza delle norme antinfortunistiche. Si notino le conseguenze in termini di imputazione: i titolari dei (soli) obblighi di vigilanza non potranno essere accusati di aver commesso l'illecito di un terzo sottoposto alla loro vigilanza ex art. 40, comma 2 c.p.

Tuttavia, ci preme sottolineare che questo non elimina del tutto ogni nota di relazionalità della condotta: chi non vigila correttamente, e non attiva una catena di

---

<sup>377</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 159 ss. Per altri contributi, cfr. A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, pp. 172, 382; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., p. 47; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 1-172.

<sup>378</sup> A titolo esemplificativo, cfr. Cass. pen., sent. 26 giugno 1990, in *Riv. dir. pen. eco.*, 1991, p. 265; Cass. pen., sent. 18 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1849; Cass. pen., sent. 31 agosto 1993, in *Cass. pen.*, 1994, p. 716.

<sup>379</sup> *Ibidem*. Cfr. inoltre I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 412; N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 446; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., pp. 269 ss.



segnalazioni che avrebbe potuto portare all'impedimento dell'evento lesivo da parte di un terzo soggetto è in ogni caso responsabile *se e nella misura in cui* esiste una fattispecie che punisca la sua negligenza nell'opera di vigilanza, pur non collegandola all'imputazione omissiva dell'evento pregiudizievole o del reato altrui (si tratterà, essenzialmente, di un reato omissivo proprio e di mera condotta). In questo senso, certamente, il comportamento e le azioni del soggetto B non entreranno più direttamente nella struttura del reato (di omessa vigilanza) commesso da A; tuttavia, dovranno in ogni caso essere indagate in quanto esse rappresentano l'oggetto della sua mancata vigilanza, e dunque inevitabilmente entreranno in considerazione profili di prevedibilità del fatto del terzo. Si tratta, lo ripetiamo, di una connessione relazionale "debole", estranea ai caratteri di "relazionalità forte" che abbiamo illustrato con riferimento ai reati omissivi impropri; eppure, anche in questo caso la condotta di A non è del tutto indipendente da quella di B, che rappresenta l'occasione di realizzazione dell'illecito di A.

Non è da nascondere, in proposito, una certa perplessità suscitata da un quadro normativo che punisce i titolari di un obbligo di sorveglianza in modo, per così dire, puntiforme, laddove vi siano specifiche figure incriminatrici; si tratta di un'impostazione che potrebbe trovare una più che valida giustificazione nella preoccupazione di non estendere la responsabilità per mancato impedimento ad un novero troppo ampio di soggetti; la stessa, tuttavia, rischia di frustrare le stesse esigenze preventive alla base dell'istituzione degli obblighi di garanzia e di sorveglianza. È chiaro che siamo di fronte ad un problema di bilanciamento tra diverse esigenze, di equilibrio tra spinte normative di carattere opposto: se, e solo se, operato con attenzione dal legislatore tale bilanciamento può consentire un efficace protezione dei beni che ne hanno diritto senza comportare la paralisi dei rapporti sociali attraverso la creazione di un numero eccessivo di garanti o l'elevazione di un numero infinito di imputazioni per omesso impedimento e/o omessa vigilanza. Proprio per la delicatezza del problema, sarebbe auspicabile, *de jure condendo*, un intervento di chiarificazione in cui, da un lato, si formalizzi la differenza tra obblighi di sorveglianza e di impedimento e, dall'altro, le singole norme che stabiliscono

questi obblighi affermino chiaramente di quale caso si tratti<sup>380</sup>. Va in proposito segnalata la proposta dello *Schema di codice penale* elaborato nel 1992, in cui compare una disposizione generale sull'obbligo di sorveglianza, come anche diverse disposizioni speciali, per esempio per l'ambito imprenditoriale (artt. 11, 114).

Per fare un esempio della difficile delimitazione tra le due tipologie di obblighi, ci riferiamo, ancora una volta, all'ambito dell'impresa. La c.d. funzione di vigilanza all'interno di una società può essere un aspetto particolare della funzione direzionale, oppure può essere affidata ad appositi organi (come il collegio sindacale nel diritto societario)<sup>381</sup>. La sua rilevanza penalistica è discussa: parte della dottrina distingue tra obblighi di mera sorveglianza e obblighi di garanzia<sup>382</sup>, mentre la giurisprudenza tende a considerare l'obbligo di vigilanza come un presupposto valido per fondare una responsabilità omissiva, tanto per le normative di sicurezza quanto per quelle di diritto societario in senso stretto. Per il soggetto apicale, poi, il dovere di vigilanza è una delle componenti fondamentali e non delegabili in tema di sicurezza (cfr. art. 16 comma 3, d.lgs. 81/2008), mentre la nuova formulazione dell'art. 2392 c.c. lo ha eliminato dai doveri degli amministratori.

Il concetto di dovere di vigilanza è particolarmente interessante e, per così dire, precario: è fin troppo facile eludere il rigore necessario nell'individuazione dei presupposti dei diversi obblighi e scivolare in una responsabilità senza fondamento normativo<sup>383</sup>.

---

<sup>380</sup> F. D'ALESSANDRO, *Art. 40*, cit., p. 545.

<sup>381</sup> C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 239; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 439.

<sup>382</sup> Ad es., N. PISANI, *Profili penalistici del resto unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 832.

<sup>383</sup> Così Pulitanò, che sottolinea l'ulteriore rischio di affermare una responsabilità oggettiva, ammantata dalla nozione di *culpa in vigilando*. In questo ambito, poi, interviene direttamente anche il principio di affidamento in quanto la sorveglianza, riferita ai soggetti apicali, non può che essere inteso quale controllo della generale coerenza ed efficacia del sistema organizzativo e degli strumenti di informazione e controllo (D. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, pp. 102 ss.).

Un'ulteriore distinzione può essere rimarcata tra l'obbligo di impedimento e un *generico obbligo di attivarsi*<sup>384</sup>. Si tratta di una categoria residuale, comprendente tutti gli obblighi giuridici di agire in qualsiasi modo, i cui titolari sono privi tanto dei poteri di impedimento, quanto dei poteri di sorveglianza. Non esiste, pertanto, alcuna situazione giuridica di garanzia o di sorveglianza dell'obbligato rispetto al bene che preesista al verificarsi del pericolo e del danno, e dunque alla sua azione. L'obbligo giuridico, infatti, sorge esclusivamente quando si verifica il presupposto di fatto che lo crea. È vero che in tutte le categorie di obblighi, quando si realizza un pericolo o un danno, il consociato deve tenere un certo comportamento, ma in presenza di un obbligo di impedimento o di sorveglianza, tanto la situazione giuridica che dà origine all'obbligo, quanto i poteri correlati preesistono al verificarsi della situazione fattuale che, semplicemente, lo attiva; al contrario, con gli obblighi di attivarsi, è la stessa situazione di pericolo che fa sorgere l'obbligo, in conformità ad un precetto normativo più generico, che non attribuisce alcuno specifico potere di impedimento, sorveglianza o avviso, ma semplicemente chiede ai consociati di reagire ad una modificazione della realtà materiale o giuridica comportandosi in un certo modo<sup>385</sup>.

Le fonti di questo tipo di obblighi sono, in primo luogo, la legge penale che disciplina i reati omissivi propri, come anche la legge penale che costituisce una mera sanzione per la trasgressione di un precetto extrapenale (artt. 355, 366, comma 2, 731 c.c.), e fonti sublegislative che integrano norme c.d. penali in bianco (artt. 650, 509 c.p.). Di tali obblighi possono essere destinatari tutti i consociati, o solo alcuni specifici soggetti (artt. 361, 362, 365 c.p., limitatamente all'obbligo di denuncia, mentre alcuni di questi sono poi *anche* titolari di obblighi di impedimento).

Per concludere, vogliamo ricapitolare la logica che – almeno, questo è l'auspicio – emerge dalla prospettazione cui abbiamo aderito. Il nostro ordinamento è

---

<sup>384</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 160.

<sup>385</sup> Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 10 ss.; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito*, cit., pp. 337 ss.

necessariamente a legalità formale, e questo suo carattere non è eludibile; pertanto, una selezione delle fonti è a nostro parere un imprescindibile punto di partenza per qualsiasi teoria degli obblighi di impedimento. Allo stesso tempo, ciò non significa sacrificare ogni esigenza di tutela in concreto delle situazioni che necessitano di una garanzia. Per operare questa sintesi, tuttavia, i criteri-guida non sono, come nell'ordinamento tedesco, strumenti che guardano alla realtà materiale delle situazioni da proteggere, ma i principi fondamentali della nostra Costituzione e dell'ordinamento penalistico. Essi suggeriscono già di per sé un bilanciamento tra il rispetto della legalità formale e il rispetto dell'offensività. Il difficile compito lasciato all'interprete, allora, è quello di selezionare solo e soltanto in base a queste logiche il novero dei possibili garanti.

### ***3.3. La relazionalità nel fatto tipico dei reati omissivi impropri: l'equivalenza tra agire e omettere***

All'inizio della nostra esposizione circa i reati omissivi impropri abbiamo dato conto delle note relazionali che caratterizzano questa particolare forma di responsabilità penale. Tra le altre, abbiamo sottolineato che la formulazione della clausola di cui all'art. 40, comma 2 c.p. lascia chiaramente intendere la presenza di un legame eziologico tra l'omissione e una sua conseguenza, un evento che il soggetto garante A aveva la necessità di prevenire. È ovvio che quando la realizzazione di questo evento pregiudizievole è immediatamente riconducibile al soggetto B, il legame di relazionalità causale assume un carattere assai peculiare. Abbiamo aggiunto che la stessa relazionalità si intuisce, a dispetto della formulazione letterale, nelle clausole dell'art. 57 e 57 bis c.p., in cui l'omissione del direttore e di altri soggetti assimilati assume rilevanza in quanto equivale ad una causazione, benché indiretta del reato commesso a mezzo della stampa, e nella particolare clausola di cui all'art. 138 c.p.m.p., in cui il non impedimento di taluni reati

militari è punito in parallelo alla diretta causazione degli stessi, benché con una diminuzione di pena in alcuni casi.

Il prosieguo della nostra analisi si riferisce però alla grande maggioranza dei casi, che ricadono nell'ambito di operatività dell'art. 40, comma 2 c.p. Di questa nota di relazionalità ci interessano fondamentalmente due aspetti.

Abbiamo già svolto alcune considerazioni sull'equivalenza tra il reato altrui e l'evento che consegue all'omissione (e altre le aggiungeremo in sede di studio del rapporto tra l'art. 40, comma 2 e la responsabilità concorsuale, nel capitolo IV).

L'altro profilo del legame relazionale causale delle fattispecie omissive improprie sul quale riteniamo opportuno soffermarci riguarda il rapporto tra i due elementi che reggono la struttura del fatto tipico in queste fattispecie: l'obbligo giuridico e il legame eziologico tra l'omissione e l'evento. La loro distinzione, infatti, si rivela talvolta incerta, tanto sul piano dogmatico, quanto su quello dell'applicazione giurisprudenziale.

La più risalente dottrina ha segnalato due difetti strutturali dell'art. 40, comma 2 c.p. In primo luogo, essa si pone in aperta contraddizione con il comma 1 del medesimo articolo. Se infatti il primo comma sembra affermare l'esistenza di un vero e proprio legame eziologico, su di un piano naturalistico, tra l'omissione e l'evento, e lo ritiene sufficiente per definire l'azione causale, il secondo comma induce a pensare che tale legame non possa sussistere in natura, tanto che fa dipendere la rilevanza penale dell'omissione da un'equivalenza, posta non ad un livello naturalistico, bensì eziologicamente normativo, tra l'azione e l'omissione qualificata, cioè l'omissione che si realizza in presenza di un obbligo giuridico<sup>386</sup>.

Un altro difetto strutturale, notato già da Carnelutti<sup>387</sup>, è per certi versi il risultato del tentativo di sciogliere la contraddizione appena esposta: la formulazione del comma 2 sembra confondere due presupposti diversi tra loro, vale a dire la causalità dell'omissione e l'illiceità della stessa. Altro è infatti verificare che sussista una connessione eziologica tra un'azione omessa (e magari sostituita da altra) e l'evento

---

<sup>386</sup> F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., pp. 151-154.

<sup>387</sup> F. CARNELUTTI, *Illiceità penale dell'omissione*, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1933, p. 2.

dannoso che ne consegue, altro è affermare che quell'omissione deve essere connotata da un particolare disvalore, ed è pertanto illecita, dal momento che è realizzata in violazione di un obbligo giuridico di impedire la realizzazione del reato<sup>388</sup>.

Alle critiche ora riportate si potrebbe ribadire che in realtà non si tratta di contraddizioni, ma che l'art. 40, letto nel suo complesso, rivela, sia pure in modo non cristallino, che due sono i presupposti fondamentali per affermare la rilevanza dell'omissione impropria dall'angolo visuale della tipicità: uno attiene alla causalità dell'omissione, cioè al legame eziologico tra questa e l'evento, l'altro alla violazione di un obbligo giuridico di agire<sup>389</sup>. In assenza anche di uno solo di questi elementi fondamentali, deve essere negata la tipicità del comportamento omissivo, e quindi, per utilizzare una formula di stampo processualistico, il fatto non sussiste. Pertanto, questi due elementi non solo restano distinti tra loro, ma riguardano anche aspetti diversi del "fatto tipico di reato": la sussistenza della posizione di garanzia è condizione perché il fatto, l'omissione in concreto realizzatosi (*Sachverhalt*) sia conforme al combinato disposto delle norme che delimitano la responsabilità omissiva rilevante, cioè perché corrisponda alla fattispecie (*Tatbestand*); il legame eziologico tra l'omissione e l'evento / reato quale sua conseguenza è invece una condizione ulteriore, che consente di imputare la lesione giuridica. Tale puntualizzazione si rende necessaria in quanto, notando la collocazione dell'art. 40 tra le norme della parte generale che disciplinano il rapporto di causalità, si potrebbe essere tentati di ipotizzare una sorta di automatismo che dal piano normativo dell'esistenza dell'obbligo di impedimento scivoli sul piano fattuale dell'esistenza del nesso causale. Si tratta, al contrario, di due elementi che sono e devono restare distinti, e che richiederanno un separato accertamento. La presenza di un obbligo in capo ad un soggetto di impedire un reato è una condizione normativa, che contribuisce a plasmare la tipicità dell'omissione impropria, in quanto esprime la condotta doverosa, ciò che l'ordinamento si sarebbe aspettato da lui. Al contrario,

---

<sup>388</sup> F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., p. 123.

<sup>389</sup> F. STELLA, Sub Art. 40, cit., p. 141; M. ROMANO, Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 378; A. MONTAGNI, *La responsabilità penale per omissione. Il nesso causale: fenomenologia causale nella responsabilità penale per omissione*, Padova, Cedam, 2002, p. 35 ss.

l'effetto condizionante dell'omissione che si è realizzata, pur valutata con strumenti di natura giuridica si muove sul piano della causalità, dunque dell'influenza materiale e concreta tra una condotta e gli eventi che la seguono<sup>390</sup>. Come è giustamente stato osservato, *“l'obbligo giuridico può fondare e fonda non la causalità dell'omissione, sì invece la tipicità dell'omissione causale”*<sup>391</sup>. Assimilare questi due elementi, od ipotizzare che necessariamente al primo (la sussistenza della posizione di garanzia) dovrebbe seguire il secondo (l'accertamento del legame causale), significherebbe né più né meno che elidere l'accertamento del nesso eziologico, trasformando così surrettiziamente il reato omissivo improprio da fattispecie di evento a fattispecie di mera condotta. Per esemplificare, nel caso II, se la guardia giurata omette di prelevare la pistola all'imputato che entra in tribunale, ma questi, anziché utilizzare l'arma da fuoco, ferisce alcune persone picchiandole con una sedia che si trova in un'aula, certamente il poliziotto ha una posizione di garanzia, e certamente è venuto meno al compito di controllare se l'imputato fosse armato, ma la sua omissione si rivela priva di rilevanza causale, dal momento che l'autore materiale e diretto del reato lo ha realizzato con un altro mezzo. Analogamente (caso IV), se il responsabile della qualità dell'azienda che produce latte per neonati non si avvede dell'errore materiale del capo del laboratorio chimico nel dettare le quantità di sostanze per produrre il composto, ma un carico di latte viene avvelenato durante il trasporto verso il supermercato da un vettore che, in preda ad un delirio cocainico, aggiunge un veleno talmente potente che avrebbe reso letale anche la sostanza preparata a regola d'arte, e poi sostituisce i sigilli delle confezioni con altri nuovi, non è rimproverabile al nostro responsabile della qualità l'omesso controllo, che non ha giocato un ruolo significativo nella sequenza causale, la quale è stata interrotta dalla condotta del vettore. Ancora, l'assistente sociale che non si accorge che il padre omette di assicurare al figlio le cure adeguate (caso VI) non potrà essere chiamato a rispondere se il ragazzo muore per un aneurisma dell'aorta addominale causato dalla condizione di asma cronica, che l'avrebbe in ogni caso ucciso. Infine, l'istruttore di scuola guida che non riesce ad azionare i pedali di emergenza per arrestare la marcia del

---

<sup>390</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 207. F. D'ALESSANDRO, *Sub art. 40*, cit., p. 537.

<sup>391</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 207.

veicolo condotto dal suo allievo, non potrà essere chiamato a rispondere per la morte del pedone se il pedone che viene travolto esce così repentinamente e a distanza ravvicinata da un portone che sarebbe stato in ogni caso investito (caso VIII).

Naturalmente, è necessario mettere in guardia anche dal rischio opposto: sottintendere il dovere di impedire l'evento, presumerne l'esistenza sulla base del fatto che in concreto il soggetto avrebbe potuto impedire l'evento, significherebbe attribuire, *contra legem*, una responsabilità in violazione dei principi di legalità e tassatività della norma penale, poiché quel comportamento non era doveroso, cioè A non vi era tenuto. Così, la guardia giurata del tribunale ha il compito di utilizzare correttamente il *metal detector* per intercettare oggetti contundenti e pericolosi; ipotizziamo che B utilizzi non un'arma, ma una sedia dell'aula di udienza per colpire il giudice. Se A avesse richiesto ad ogni persona che volesse entrare nel palazzo di giustizia di esibire la più recente perizia psichiatrica, avrebbe potuto identificare B come soggetto schizofrenico e dunque pericoloso, ma non era suo compito farlo (caso II). A, l'amministratore di un'azienda che fornisce un servizio per caricare e visualizzare video in *internet*, si sarebbe potuto accorgere del carattere criminoso del video caricato da B se, prima di renderlo pubblico, l'avesse visionato; a questo comportamento, tuttavia, non è tenuto l'*host provider*, che si limita, appunto, a fornire uno strumento di condivisione (esempio del II sottogruppo). Al responsabile della qualità dell'azienda si può chiedere di assicurare l'integrità del prodotto, ma se il vettore che trasporta il latte verso il supermercato inietta un veleno nelle confezioni e poi sostituisce i sigilli infranti con altri nuovi, l'unico modo che A avrebbe per controllare la qualità del latte sarebbe quello di far analizzare ogni singola confezione al momento dell'ingresso in ogni negozio, e tale obbligo non potrebbe essergli imposto (caso IV). L'assistente sociale A, che riceve un incarico dal tribunale per i minorenni concernente la famiglia di B, deve verificare che il padre non ometta di curare la patologia tumorale del figlio; se avesse svolto anche un esame completo della cartella clinica del ragazzo, si sarebbe accorto della condizione di asma cronica che faciliterà la rottura dell'aorta addominale, che causerà la sua morte; tale operazione, tuttavia, va oltre i suoi compiti e non rientra nei suoi obblighi (caso VI). Infine, l'istruttore di scuola guida avrebbe sì evitato la morte del pedone se si fosse premurato



di transennare il tragitto dell'esercitazione; tuttavia, non grava su di lui un simile obbligo che, peraltro, neutralizzerebbe lo scopo della prova di guida (caso VIII).

Nessuno dei due coefficienti è da solo sufficiente a fondare la responsabilità a titolo di reato omissivo improprio se l'altro non è presente: non è responsabile il garante che abbia tenuto un'omissione rivelatasi non causale, né chi sia rimasto inerte, contribuendo così a cagionare l'evento / reato, ma non sia titolare della posizione di garanzia.

Ovviamente, lo stesso deve valere anche per il reato omissivo improprio in relazione alla condotta autolesiva di V. Per fare solo un esempio (X sottogruppo), lo psichiatra che omette di diagnosticare un disturbo di un detenuto non può essere rimproverato se una guardia, in preda ad un *raptus*, gli spara improvvisamente quando vede che il detenuto sta tentando di suicidarsi: da un lato, l'omissione non è causale rispetto all'evento morte, che è stato provocato da una condotta di un altro soggetto interruttiva del legame tra l'omessa diagnosi e il tentativo di suicidio; dall'altro, la posizione di garanzia dello psichiatra concerne i detenuti, non il personale penitenziario.

### **3.4.      *Le peculiarità del nesso causale nei reati omissivi***

Il nesso di causalità nei reati omissivi – tanto propri, quanto impropri – richiede però ulteriori precisazioni, in particolare circa la tipologia del legame eziologico e le conseguenze di questa particolarità sulle modalità di accertamento dello stesso. L'ultimo scorcio del nostro percorso sulle note relazionali del fatto tipico è pertanto dedicato ad approfondire un problema che, come è evidente, non può essere ignorato nell'esame di una responsabilità di A collegata al fatto immediatamente riconducibile a B.

La dottrina ha in proposito elaborato differenti posizioni, che sono sostanzialmente riconducibili a due visioni opposte. Secondo alcuni studiosi, la causalità dell'omissione ha natura del tutto incompatibile con quella delle fattispecie commissive: si tratta di due mondi comunicabili che rispondono a regole differenti, al punto che, secondo certe interpretazioni, deve mutare la sistematica stessa del reato, in una diversa relazione tra l'elemento della causalità e quello della colpevolezza. Altre ricostruzioni,

invece, ravvisano una sostanziale identità strutturale tra i modelli causali e le regole di accertamento del nesso eziologico, limitandosi a sottolineare alcune peculiarità per i reati omissivi che tuttavia non impediscono un inquadramento unitario. Daremo poi conto di una posizione mediana e di una prospettazione completamente alternativa al presente dibattito.

#### 3.4.1. La tesi della diversità strutturale tra causalità attiva e omissiva

Il dato essenziale da cui muovono le teorie che affermano una netta distinzione tra il paradigma causale per le fattispecie commissive e omissive è, per così dire, l'osservazione della realtà, sia pure con gli occhi del giurista. Quando l'agente compie un'azione, la spiegazione causale mette in relazione due dati reali (la condotta effettivamente realizzata e un evento effettivamente verificatosi). Al contrario, nei reati omissivi la realtà fattuale presenta un'azione doverosa che non è stata compiuta e un evento pregiudizievole che si è realizzato. Per verificare il nesso causale, deve essere in realtà indagata la relazione tra due elementi falsi, ipotetici: l'azione che avrebbe dovuto essere compiuta e l'impedimento dell'evento. *“L'accertamento assume un valore ipotetico o prognostico in quanto si tratta di verificare in che modo l'eventuale compimento dell'azione doverosa avrebbe modificato il corso degli avvenimenti e, in particolare, se essa avrebbe impedito la realizzazione dell'evento lesivo”*<sup>392</sup>. Questa operazione non mira a spiegare un evento passato, né a prevedere uno futuro, ma solo a formulare un'ipotesi che leghi appunto due dati irreali. Per completezza, è d'uopo ricordare che altri autori esprimono sostanzialmente il medesimo concetto, contrapponendo però la causalità dell'azione fondata su tre dati reali (l'azione, la sequenza causale che ne scaturisce, l'evento) e uno ipotetico (il venir meno dell'evento quando nel giudizio controfattuale si ipotizza la

---

<sup>392</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 386. Concordano con questa opinione: G. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. Pen.*, Torino, Utet, 1988, vol. II, pp. 126 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 632 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 359 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 161 ss..

manca di azione) a quella dell'omissione, che si svilupperebbe a partire da due elementi reali (il processo causale che effettivamente si è verificato e l'evento) e due ipotetici (l'azione doverosa e il venire meno dell'evento)<sup>393</sup>.

Escluse le teorie che riconducevano l'evento all'*aliud factum*<sup>394</sup>, l'unico modo per intendere il legame causale alla luce di queste caratteristiche in tali casi è quello di leggerlo in rapporto all'art. 40, comma 2, che pone un'equivalenza tra il mancato impedimento di un evento che l'agente aveva il dovere di prevenire e la sua causazione. La stessa formulazione letterale di quest'ultimo sottolinea come di fronte ad una condotta omissiva non sia possibile parlare di una vera e propria causalità, ma esclusivamente di un equivalente a cui viene attribuito lo stesso significato per una precisa volontà giuridica<sup>395</sup>.

Date le particolari caratteristiche del legame causale nelle fattispecie omissive, parte della dottrina afferma dunque che non si tratta di un autentico rapporto causale in senso stretto. Al contrario, si utilizza l'espressione "causalità ipotetica o causalità in senso normativo"; *"l'uso di tali etichette intende, appunto, esprimere l'idea che la causalità omissiva ha poco a che fare con la causalità reale e che essa designa, piuttosto, soltanto una tecnica di imputazione (oggettiva) dell'evento escogitata per far fronte alle specifiche esigenze della responsabilità penale"*<sup>396</sup>.

Altri studiosi sottolineano che di per sé la differenza strutturale non ostacolerebbe l'utilizzo del termine e del concetto di causalità, dal momento che lo stesso art. 40, comma 1 c.p. affianca l'azione e l'omissione nel riferirsi al rapporto causale, e che lo strumento in concreto utilizzato dall'interprete per guidare il giudizio controfattuale è

---

<sup>393</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 153.

<sup>394</sup> M. SPASARI, *L'omissione*, cit., p. 158 ss. Secondo questa prospettiva, le teorie che impedivano la realizzazione di un comportamento alternativo si traducevano, per così dire, nell'impedimento di un impedimento: tenere un comportamento alternativo impedisce all'agente di comportarsi secondo i precetti ordinamentali, condotta che, se realizzata, a sua volta impedirebbe l'evento pregiudizievole.

<sup>395</sup> Analogamente, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 162.

<sup>396</sup> G. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, cit., p. 127.

ancora una volta quello delle leggi scientifiche. Tuttavia, nelle fattispecie commissive “è la causalità l’elemento su cui si impernia la struttura della fattispecie e che consente l’individuazione della stessa condotta tipica: l’azione conforme alla fattispecie è quella che risulta legata all’evento lesivo dal nesso eziologico. Nelle fattispecie commissive improprie invece è la situazione di garanzia [...] che assume quel ruolo di «filtro» che nelle corrispondenti fattispecie commissive è attribuito alla causalità: è la situazione di garanzia che, fra gli infiniti comportamenti che avrebbero potuto impedire l’evento che si è verificato, consente di individuarne uno come punto di riferimento della responsabilità penale per l’evento”<sup>397</sup>. La conclusione è affine: l’opportunità e la chiarezza espositiva consigliano di utilizzare il concetto di “equivalente tipico della causalità”.

Peraltro, la questione terminologica può anche essere considerata di minore importanza, purché si non si confondano le caratteristiche distintive del nesso di causalità nei reati attivi e in quelli omissivi.<sup>398</sup>

Per concretizzare gli strumenti dell’accertamento causale, saranno dunque necessari alcuni importanti adeguamenti rispetto al paradigma dettato per i reati attivi.

In primo luogo, secondo alcuni autori, siamo in presenza non di una semplice sussunzione del caso concreto sotto leggi scientifiche o probabilistiche, ma, più precisamente, di una sussunzione duplice: non va infatti solo accertata la causa che ha concretamente determinato l’evento nella realtà, ma anche controllato che l’omissione lo avrebbe impedito<sup>399</sup>. Ancora, la formula utilizzata nel giudizio controfattuale andrà evidentemente adattata, dal momento che il procedimento non è più – strettamente parlando – di eliminazione mentale, bensì di aggiunta mentale: l’interprete deve infatti aggiungere la condotta omessa – *rectius*, sostituirla a quella effettivamente tenuta – per verificare se l’evento si sarebbe in ogni caso verificato oppure no. La formula potrebbe pertanto essere schematizzata in questo modo: un’omissione viene considerata causa

---

<sup>397</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 416-417.

<sup>398</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 633.

<sup>399</sup> Questa precisazione si rinviene per esempio nell’esposizione di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 154.

dell'evento quando non può essere mentalmente sostituita all'azione doverosa, senza che l'evento venga meno<sup>400</sup>.

Proprio in virtù della prospettata natura ipotetica, la maggior parte degli studiosi osserva che il grado di certezza con cui viene accertato il rapporto tra l'omissione e l'evento non può essere pari a quello adottato nelle fattispecie commissive, ma si arresterà pertanto ad una probabilità vicina alla certezza<sup>401</sup>. In altre parole, *“la causalità omissiva di caratterizza per una certezza avente – per così dire – natura diversa, non potendo consistere nella certezza empirico-fattuale assoluta, nomologicamente fondata, propria della causalità attiva, ma avendo piuttosto una natura – per così dire – normo-valutativa, basata cioè più su valutazioni e sulla coerenza argomentativa che giustifica tali valutazioni invece che sui risultati del sapere scientifico”*<sup>402</sup>. In altre parole, il fisiologico e inevitabile divario tra la realtà dei fatti e la realtà processuale si accentuerebbe notevolmente nel caso dell'omissione, dove la struttura ipotetica della verifica del nesso causale imporrebbe necessariamente di accontentarsi non soltanto di leggi non universali (accettate naturalmente anche per la causalità attiva), bensì anche leggi con un coefficiente di certezza medio-basso, o addirittura di una qualsiasi percentuale in grado di esprimere serie e apprezzabili probabilità di successo.

Le difficoltà che si presentano sono diverse: un'intollerabile discrezionalità lasciata al giudice, che potrebbe indurre alcune manipolazioni; la possibilità che intervengano

---

<sup>400</sup> Tuttavia, al netto di questi accorgimenti, una parte della dottrina sottolinea la validità dell'impianto fondamentale delle regole dettate per la causalità attiva, in virtù dell'equivalenza che viene imposta dal legislatore, ma anche per la assenza di reali motivazioni logiche per discostarsene. Così, in primo luogo, anche in queste fattispecie l'operazione che il giudice è tenuto a fare non è lasciata alla sua pura fantasia. Egli dovrà comprendere quale legge scientifica (o quale regola di esperienza) può collegare l'azione doverosa che avrebbe dovuto compiersi ma che è stata omessa all'esclusione dell'evento che si è realizzato. Per fare un esempio scontato, riferito all'ambito della responsabilità sanitaria, per verificare il nesso eziologico tra la condotta del medico che omette di somministrare un farmaco e la morte del paziente, sarà necessario chiedersi se i parametri di regolarità causale indicano che l'assunzione del medicinale avrebbe causato un processo fisiologico tale da evitare il decesso.

<sup>401</sup> G. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, cit., p. 127.

<sup>402</sup> R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 21.

particolari circostanze che contraddicano il ravvisato legame eziologico tra omissione e evento (in un determinato momento storico, il comportamento alternativo imposto dalla norma potrebbe risultare completamente inefficace: si pensi ai casi delle morti da amianto, che sono determinate assai spesso da contagi che risalgono a mesi e persino anni precedenti); ancora, il comportamento alternativo lecito potrebbe rivelarsi idoneo a produrre la medesima conseguenza pregiudizievole; infine, impedimenti oggettivi assoluti avrebbero potuto in ogni caso ostacolare la realizzazione del comportamento dovuto. Così, per verificare il legame eziologico derivato dall'accertamento ipotetico svolto mediante leggi probabilistiche, è necessaria un'attenta verifica delle condizioni storiche che concretamente si verificano: una sorte di accertamento successivo che compensa l'affermazione "debole" di un nesso causale inevitabilmente ipotetico e incerto<sup>403</sup>.

### 3.4.2. La tesi della sostanziale identità tra causalità attiva e omissiva

Alla tesi della distinzione radicale tra causalità dell'azione e dell'omissione sono state mosse diverse critiche. Essenzialmente, ciò che le si rimprovera è di essersi fondata su una distinzione tra condotta attiva e omissiva eccessivamente legata al dato naturalistico, quasi antropomorfo. Al contrario, azione e omissione potrebbero essere distinti alla luce di un concetto più ampio di quello di "forze" o "energie umane", facendo invece riferimento ai processi che conducono a determinati eventi. Se questi hanno natura statica, allora siamo in presenza di un'omissione, se hanno natura dinamica, di un'azione. *"Anche un processo statico, caratterizzato dal fatto che le grandezze considerate si mantengono costanti nel tempo [...], può determinare una relazione causale, giacché una condizione statica, cioè una sequenza di stati identici nel tempo e nello spazio – qual quella che tipicamente si verifica nelle ipotesi di 'non fare' – è pur sempre una condizione, che può ben rivelarsi necessaria rispetto all'evento lesivo"*<sup>404</sup>.

---

<sup>403</sup> Ivi p. 23 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., pp. 392 ss.

<sup>404</sup> F. STELLA, Sub art. 40, cit., p. 123.

La giurisprudenza si è mossa spesso in senso concorde a quest'ultima tesi, sottolineando la perfetta identità strutturale tra le due forme di spiegazione causale: *“il procedimento utilizzato per stabilire se l'omissione è condizione statica necessaria non è diverso, ma è identico, nella sua struttura, a quello cui si ricorre per giustificare la causalità dell'azione. [È] identico l'oggetto della spiegazione: un evento del passato; identico il giudizio che si deve compiere per individuare la condizione necessaria: il giudizio controfattuale o ipotetico teso ad appurare se, senza la condotta attiva od omissiva, l'evento di sarebbe o non si sarebbe verificato; identico il procedimento da impiegare, in via strumentale, per compiere il giudizio controfattuale: una spiegazione legata all'oggettivo sapere scientifico, che consenta di ricollegare l'evento lesivo ad una serie di condizioni empiriche antecedenti, variabili o statiche; identica la struttura probabilistica della spiegazione offerta e identico, perciò, il carattere probabilistico dell'enunciato esplicativo”*<sup>405</sup>. Rigettando la premessa della natura ipotetica della causalità omissiva, diverse tendenze giurisprudenziali affermano anche che il nesso causale non avrebbe un grado di certezza minore rispetto a quello delle fattispecie commissive<sup>406</sup>.

Rispetto alla tesi dell'identità assoluta si possono cogliere alcune sfumature. Da un lato, infatti, parte della dottrina ha sottolineato che *“calato nella formula condizionalistica, il modello euristico della causalità omissiva si differenzia da quello della causalità attiva, caratterizzandosi per così dire come controfattuale di secondo grado”*<sup>407</sup>. Il giudice deve infatti ricostruire ciò che sarebbe accaduto, qualora l'agente avesse tenuto il comportamento omissivo. Tuttavia, nessuna difformità può rinvenirsi sul piano logico-epistemologico. *“Gli enunciati controfattuali devono essere utilizzati sempre, quando si accerta il rapporto causale, e sempre – cioè anche quando si discute della relazione causale fra azione ed evento – si deve far ricorso al ragionamento ipotetico [...]”; la verità è che dell'enunciato controfattuale non si può fare a meno né quando si indaga sulla causalità dell'azione, né quando*

---

<sup>405</sup> Cass. pen., sent. 28 settembre 2000, Baltrocchi, in *Dejure*.

<sup>406</sup> Cfr. sul punto G. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, cit., p. 127; G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, cit., p. 954.

<sup>407</sup> F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in Cass. pen., 2005, p. 1079.

ci si chiede se causale possa essere definita l'omissione"<sup>408</sup>. Pertanto, anche la precisazione di un elemento controfattuale rafforzato non può essere portata alle estreme conseguenze, tanto da comportare una diversità strutturale con l'accertamento della causalità attiva. *"Il processo esplicativo utilizzato per render conto della causalità dell'omissione non è – come invece si asserisce in dottrina – diverso [...] ma identico nella sua struttura a quello cui si ricorre per giustificare la causalità dell'azione. Identico è infatti l'explanandum: un avvenimento del passato; identico il procedimento di inferenza: da leggi universali o statistiche o da un insieme di condizioni empiriche antecedenti; identica la struttura probabilistica della spiegazione offerta. Ciò che è diverso è solo la natura della condizione necessaria costituita dal comportamento dell'uomo; nel caso dell'omissione, siamo in presenza di una condizione statica"*<sup>409</sup>.

Un'ulteriore considerazione – e un'altra differenza tra i due modelli di causalità – riguarda però il rilievo delle possibili cause alternative. Infatti, una volta ipotizzata mentalmente, all'interno del giudizio "doppiamente controfattuale", l'esistenza dell'azione in concreto omessa, nessuno garantisce che non sarebbe intervenuta in ogni caso una causa autonoma idonea a provocare l'evento. Il giudice non ha nessuno strumento per valutare se sarebbero intervenute queste "cause alternative ipotetiche": molto spesso, infatti, le informazioni di cui dispone circa il decorso reale degli avvenimenti sono sufficienti ad immaginare cosa sarebbe successo solo fino ad un determinato punto, ma non gli consentono di prevedere tutte le potenziali interferenze causali con cause alternative, cioè astrattamente idonee a cagionare quell'evento<sup>410</sup>. Ecco allora che non ha senso ricorrere a quella esclusione delle cause alternative in concreto realizzate che vorrebbe il paradigma imposto con la sentenza *Franzese*: altro è chiedersi, data una condotta effettivamente realizzata, quali possibili cause alternative avrebbero provocato l'evento; altro è invece immaginare l'interferenza di questi potenziali fattori eziologici con un elemento già di per sé irreale e immaginato: il doppio fattore di

---

<sup>408</sup> F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1254.

<sup>409</sup> *Ivi*, p. 1255. Come vedremo subito *infra*, questa conclusione consente di distinguere la presente tesi da quella della "non coincidenza" tra la causalità attiva e omissiva, che giunge invece ad ammettere una natura parzialmente diversa nella struttura della seconda.

<sup>410</sup> F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali*, cit., p. 1071.



ipoteticità della condotta sembra quindi minare la possibilità di effettuare questa verifica.

### 3.4.3. Una diversa prospettazione: la parziale sovrapposizione tra accertamento del nesso di causalità e accertamento del carattere colposo della condotta nei reati omissivi

La tesi in esame prende le mosse dalla considerazione che non è opportuno applicare lo schema di accertamento consacrato dalla sentenza Franzese per i reati commissivi anche alle fattispecie omissive. La notissima pronuncia delle Sezioni Unite del 2002 ha infatti stabilito un procedimento bifasico: dopo l'individuazione della legge scientifica di copertura, il giudice deve infatti escludere e possibili spiegazioni causali alternative che potrebbero avere cagionato l'evento.

Tale modello – secondo la tesi in esame – non potrebbe essere trasposto *sic et simpliciter* alla causalità omissiva: *“L'essenziale differenza che intercorre tra imputazione dell'evento a una condotta commissiva e ad una condotta omissiva è, invero, sfuggita alla sentenza Franzese delle Sezioni Unite – che si riferiva ad un caso di specie concernente la condotta omissiva di un medico. La dottrina ha peraltro ben evidenziato come lo schema bifasico enunciato da Franzese possa funzionare perfettamente laddove si discuta di una causalità commissiva, ma non possa strutturalmente essere utilizzato laddove si tratti di accertare il nesso causale tra un non fare e un evento, non avendo alcun senso – in particolare – procedere qui all'esclusione di decorsi causali alternativi”*<sup>411</sup>.

Al contrario, per affermare la responsabilità omissiva di un agente, sarà necessario procedere ad altre verifiche: in primo luogo, è necessario verificare che sussista un obbligo di impedire l'evento in capo al soggetto agente; successivamente, dovrà essere ricostruito il reale decorso degli avvenimenti, per comprendere con precisione quale sia

---

<sup>411</sup> F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit., p. 966. Cfr. anche, per un'analisi più approfondita, ID., *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1679 ss.

stato il decorso che ha in concreto determinato l'evento che l'agente avrebbe dovuto impedire; in terzo luogo, dovrà essere individuata la condotta doverosa o – se si preferisce – il comportamento alternativo lecito che il soggetto agente avrebbe dovuto tenere; infine, si dovrà mentalmente ipotizzare il compimento di quella condotta e verificare se avrebbe avuto l'effetto di impedire l'evento, ovvero se sarebbe stata irrilevante. Non trova quindi posto la considerazione per i decorsi causali alternativi: l'evento si è effettivamente realizzato, e osservare i molti decorsi alternativi che avrebbero potuto causarlo non ci fornisce, in realtà, alcuna informazione per stabilire la rilevanza della condotta impeditiva.

Il terzo e il quarto passaggio svelano però un altro importantissimo tratto del paradigma causale omissivo. Quando infatti si chiede all'interprete di immaginare la condotta omessa, egli sarà portato ad immaginare cosa l'*homo eiusdem condicionis ac professionis* avrebbe potuto fare se posto nelle stesse condizioni dell'agente concreto. Non può sfuggire, a partire dal punto di vista terminologico, che la valutazione dell'interprete anticipa qui un giudizio in ordine alla natura colposa della responsabilità. Un esempio chiarirà il concetto: se un medico è accusato di avere con superficialità e negligenza omissso di diagnosticare una malattia, sarà compito dell'interprete comprendere se un agente modello, trovandosi ad operare in quel preciso contesto e momento storico, avrebbe potuto effettivamente riconoscere la patologia da cui quel paziente era affetto, basandosi sui sintomi e sugli eventuali ulteriori accertamenti da effettuare, e se avrebbe deciso di adottare una determinata terapia per contrastare la malattia. Ma allora è evidente come l'interprete sia chiamato a compiere le sue verifiche in termini di colpa, confrontando la condotta effettivamente tenuta con quella doverosa. Tale giudizio non viene rimandato all'accertamento della colpevolezza, ma diviene parte integrante dell'accertamento sulla sussistenza del nesso causale; non si tratta di voler ad ogni costo sconvolgere la sistematica tradizionale che divide gli elementi del reato, bensì di prendere atto che l'evitabilità dell'evento deve essere verificata rispetto ad un dato immaginario (l'azione che in realtà è stata omessa), e questo non può essere che quello prescritto dalla norma che impone all'agente di comportarsi in modo diligente e, dunque, incolpevole. La conseguenza è che laddove il rispetto delle regole di diligenza, prudenza, perizia, delle specifiche regola cautelari o delle *leges artis* avrebbe suggerito al

medico di non compiere alcun ulteriore accertamento, o di non prescrivere alcun farmaco, sarebbe inutile anche la verifica dell'efficacia impeditiva della condotta esemplare, perché sostanzialmente ciò che l'agente avrebbe dovuto fare non si discosta da ciò che l'agente ha fatto, e dunque si annulla il carattere controfattuale della verifica del nesso di causalità.

L'ultimo passaggio è invece la verifica dell'efficacia di quel comportamento, in termini di impedimento dell'evento. Anche in questo caso, tuttavia, notiamo una forte commistione tra l'accertamento della causalità e quello della colpevolezza. Nell'elaborazione di quella che è stata chiamata la "misura oggettiva della colpa", la dottrina ha chiarito che per ritenere colposa una condotta sia necessario verificare un duplice legame tra la colpa e l'evento: non soltanto quest'ultimo deve rappresentare la concretizzazione del rischio che la regola cautelare mirava a prevenire o a diminuire, ma la condotta doverosa che l'agente avrebbe dovuto tenere deve essere tale da scongiurare effettivamente l'esito dannoso o pericoloso; diversamente, si scivolerebbe in ipotesi di responsabilità oggettiva, dal momento che la condotta non sarebbe rimproverabile e, dunque, non potrebbe essere definita colposa. L'accertamento della causalità materiale si distingue da tale ulteriore verifica nei reati commissivi, poiché il fatto che l'azione abbia causato l'evento non comporta necessariamente che quest'ultimo sia imputabile all'agente: altro, infatti, è il legame fisico, materiale tra quanto fa il soggetto attivo e le conseguenze del mondo esterno o della realtà giuridica, altro è il legame giuridico che riconduce tali conseguenze all'azione. La distinzione sfuma, però, per quanto riguarda il secondo nesso, nel caso delle fattispecie commissive. Abbiamo affermato che il giudizio controfattuale in tali ipotesi si svolge accertando se aggiungendo l'azione omessa l'evento viene evitato o meno; ma proprio perché la condotta che viene addizionata non è un comportamento umano qualsiasi, bensì proprio il comportamento che l'agente modello avrebbe dovuto tenere, allora tale valutazione si sovrappone a quella del secondo nesso tra la colpa e l'evento.

La tesi in esame, pur affascinante nel sottolineare la interrelazione tra la causalità e la c.d. "causalità della colpa", ci sembra trarre conseguenze eccessive, troppo dirompenti sul piano della struttura del reato e dell'analisi dei suoi elementi.

Le stesse, acute osservazioni circa la problematica di addizione mentale della condotta omissa sono peraltro state esaminate da altra dottrina, che ha proposto una soluzione più classica, tenendo tuttavia conto della complessità di questa forma controfattuale di giudizio.

#### 3.4.4. La tesi della non coincidenza tra causalità attiva e omissiva

Una posizione che si pone ad un livello intermedio tra la tesi della sostanziale identità e quella della radicale diversità tra causalità attiva e omissiva è quella che potremmo chiamare della non coincidenza tra le due causalità. Secondo questa teoria, è da rifiutare nettamente l'opinione che causalità attiva e omissiva siano intrinsecamente diverse tra loro; tale errore concettuale deriverebbe da una duplice caratteristica dell'omissione, che, da un lato, ha natura normativa, e dall'altro quasi metafisica: *“un'epifania secolare del Nulla, categorialmente definibile solo in termini di a-causalità, staticità, ininfluenza rispetto all'incessante e deterministicamente concatenato divenire del mondo”*<sup>412</sup>. Da questi tratti della condotta omissiva deriverebbe la criticata convinzione di una diversità radicale tra i due schemi causali, accompagnata dalla considerazione che la causalità dell'omissione possiederebbe un contenuto esclusivamente ipotetico e non reale. Al contrario – si afferma – la causalità omissiva ha anch'essa valore reale, e determina la concreta conseguenza del permanere della condizione presente, la perpetuazione dello *status quo*; piuttosto, ciò che cambia è il paradigma euristico, lo strumento di verifica della sussistenza del nesso, che non sarà più di eliminazione mentale, bensì di aggiunta mentale.

Di fronte ad una condotta dalle particolarità sopra ricordate (particolarità che possono facilmente diventare insidie), quale deve essere allora il paradigma causale da preferire? L'alternativa si pone tra un paradigma di tipo “nomologico-deduttivo”, che fornisca quindi la spiegazione causale sulla base di leggi scientifiche universali o statistiche, e uno “stocastico-disposizionale”, che assegna ad ogni comportamento

---

<sup>412</sup> C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., pp. 821 ss.

umano una certa idoneità a cagionare, in alcune condizioni, un risultato determinato, quindi a essere causa dell'evento, e pertanto non fornisce una vera e propria spiegazione, bensì, piuttosto, un giudizio in termini prognostici e congetturali (appunto, stocastici).

Aderendo al primo tipo di paradigma, quando applicato all'omissione, sorge il problema della natura ipotetica della causalità e del ricorso ad un "equivalente" della causalità, a cui altra dottrina risponde – come abbiamo visto – affermando invece l'identità del modello euristico e la unitarietà del procedimento esplicativo, con l'unica differenza nell'oggetto del giudizio, che verterà su una condizione statica e non dinamica come nel caso dell'azione.

Paliero, aderendo alle critiche mosse da Stella alla tesi della completa eterogeneità tra i due paradigmi causali, nega che “*i due modelli euristici della formula condizionalistica (omissivo ed attivo) siano diversi perché l'uno a struttura ipotetica e l'altro a struttura empirico-fattuale*”<sup>413</sup>. Infatti, entrambi i modelli sono definibili come “controfattuali”, perché ruotano intorno ad un sillogismo costruito sulla base di ipotesi, in cui il primo termine è effettivamente contrastante con la realtà; e ciò vale, evidentemente, anche per l'omissione, in cui si ipotizza il compimento dell'azione che non è avvenuto nella realtà.

Tuttavia, c'è una importante differenza rispetto alla causalità dell'azione, come già rilevato nelle teorie precedentemente esposte. Se infatti guardiamo al criterio del giudizio, troveremo un analogo sillogismo controfattuale nelle due strutture; se però osserviamo la base di tale giudizio, troveremo nell'omissione una *doppia ipoteticità*. Se il sillogismo dell'azione presuppone una protasi controfattuale (la non-realizzazione della condotta) e un'apodosi anch'essa controfattuale (la mancata realizzazione dell'evento), il sillogismo dell'omissione presenta anch'esso le medesime protasi (la realizzazione della condotta dovuta) e apodosi (la mancata realizzazione dell'evento) *contra factum*, a cui però si accompagna un ulteriore elemento ipotetico: “*si pone altresì contra factum l'azione impeditiva tipizzata in concreto come reale, mentre è solo immaginaria – laddove per la fattispecie la condotta tipica è effettivamente reale*”<sup>414</sup>. Pertanto, mentre nelle fattispecie attive due sono gli elementi reali (l'azione effettivamente realizzatasi e l'evento), in quelle

---

<sup>413</sup> *Ivi*, p. 839.

<sup>414</sup> *Ivi*, p. 842.

omissive solo uno è l'elemento reale residuo (la verifica dell'evento), poiché l'omissione è sì effettivamente presente nel corso degli avvenimenti, ma rileva solo ed esclusivamente "a condizione di essere integrata, e per così dire animata – per la sua stessa intellegibilità concettuale, oltre che significanza giuridica – dall'azione impeditiva, che però è del tutto immaginaria"<sup>415</sup>. Ecco dunque spiegata quella controfattualità di secondo grado che impedisce la completa assimilazione dei due modelli causali.

Ulteriori – e conseguenti – distinzioni tra i due modelli sono le seguenti. In primo luogo, l'interprete è chiamato ad un compito più arduo nel caso della causalità omissiva, poiché deve dapprima ricostruire l'azione impeditiva, e successivamente valutarne gli effetti. Inoltre, nell'operare in questo modo non potrà che metterà in atto una vera e propria operazione prognostica: l'azione di cui deve valutare l'efficacia sull'evento, infatti, non è affatto reale, non appartiene al passato né al futuro, ma solo al piano dell'immaginazione, dove ha preso il posto dell'omissione realizzata dall'agente.

Quindi, il paradigma della causalità omissiva non potrà che essere definito di natura mista: è infatti nomologico-deduttivo nella parte in cui si occupa della descrizione dell'evento, mentre è stocastico-disposizionale nella parte in cui prognostica le possibilità di protezione del bene della condotta.

La posizione mediana ora esposta ci sembra particolarmente attenta nell'identificare differenze e tratti comuni dell'accertamento dei due modelli di causalità. Tale prospettazione riesce inoltre a rispondere alle obiezioni radicali mosse dalla teoria che ritiene indistinguibili la causalità della condotta e la c.d. causalità della colpa in ambito omissivo, senza tuttavia scardinare l'ordine sistematico che distingue tra i vari accertamenti, bensì riconducendo il problema dell'aggiunta mentale della condotta omessa alla natura doppiamente ipotetica della causalità omissiva.

---

<sup>415</sup> *Ivi*, p. 843. La riflessione viene completata affermando che l'omissione è un concetto di relazione, capace di assumere una determinata efficacia condizionante solo ed esclusivamente se a contraltare vi sia una specifica condotta attiva.

# Capitolo III

## Le note relazionali nella colpa

SOMMARIO – 1. In cerca della “colpa relazionale” – 1.1. In particolare: la natura relazionale della colpa penale – 2. Il principio di affidamento: una nota relazionale di limitazione della responsabilità di A – 2.1. Le funzioni e il fondamento del principio di affidamento – 2.2. L’ambito applicativo e i limiti – 2.3. Il problema dell’interferenza tra il principio di affidamento e la prevedibilità dell’evento (cenni) – 3. Il legame tra la condotta colposa di A e l’evento immediatamente riconducibile alla condotta di B o V: la relazionalità nei nessi tra la colpa e l’evento e nella teoria dell’imputazione obiettiva dell’evento – 4. In conclusione: la necessità di un equilibrio differenziato

Nel capitolo introduttivo abbiamo definito l’oggetto della nostra analisi: le condizioni alle quali può essere mosso un rimprovero penalistico per la condotta *colposa* di un soggetto (A), dipendente dal comportamento di un altro soggetto (B) o della vittima (V), che sono i più vicini alla realizzazione della lesione del bene giuridico dal punto di vista spaziale e/o temporale e/o logico.

Abbiamo altresì elencato alcune note relazionali che sono afferenti all’elemento della colpa. In primo luogo, ci siamo persuasi che la stessa regola di diligenza possa essere formulata in modo da richiedere al destinatario (A) di tenere conto in qualche modo della condotta di B o di V, di prevederla o di adottare delle misure per adeguare il proprio comportamento all’interazione con l’altro soggetto.

In questi contesti non può che venire in considerazione il principio di affidamento, che ha la funzione di stabilire fino a che punto ogni soggetto debba preoccuparsi del comportamento altrui, o possa confidare che egli si uniformerà alle corrette regole di condotta.

Inoltre, la necessità che l’evento conseguenza della condotta di A sia prodotto “a causa” della sua negligenza, imprudenza o imperizia o per l’inosservanza di specifiche

leggi, regolamenti, ordini o discipline (nella formulazione dell'art. 43 c.p.) non può che aprirsi, in un contesto di interazione tra più soggetti, a considerare come la condotta di B o di V possa influire su questo legame; vedremo come esistano sostanzialmente due diverse teorie, cioè la c.d. "causalità della colpa" e l'imputazione obiettiva dell'evento, che recepiscono tale indicazione, che sono proposti da due impostazioni sistematiche alternative, la prima cara alla dottrina italiana, l'altra preferita dai teorici tedeschi.

Il presente capitolo è dunque dedicato allo studio di queste note, tappe fondamentali per un accertamento progressivo e rigoroso della responsabilità in un contesto di interazione tra più soggetti.

## 1. In cerca della "colpa relazionale"

Per comprendere quali siano i caratteri relazionali della colpa penale, può essere innanzitutto utile il confronto con il diritto civile, poiché è lì che si è sviluppato – *rectius* – che è talvolta emerso il concetto di "colpa relazionale", benché, essenzialmente, con riguardo ai casi di interazione tra A e V, cioè tra l'autore dell'illecito e la vittima. Ecco una breve rassegna a titolo esemplificativo.

La dottrina la impiega, in primo luogo, per indicare – posta la natura intrinsecamente bilaterale dell'illecito civile – che danneggiante e danneggiato non vengono in contatto necessariamente nel momento della produzione del danno, ma possono incontrarsi anche prima, in una *"relazione-interazione tra danneggiante e danneggiato dove entrambi confidano nella condotta diligente e/o prudente dell'altro ed entrambi hanno la possibilità di adottare misure di prevenzione del danno; addirittura [spesso] è proprio il potenziale danneggiato che ha la possibilità, attraverso una condotta anche solo "normalmente" prudente ed accorta, di evitare il danno con il minor costo di prevenzione"*<sup>1</sup>. Date queste

---

<sup>1</sup> A.P. BENEDETTI, *La caduta di un alunno durante gita scolastica: chi risponde?*, in *Danno e resp.*, 2012, n. 7, p. 755. La sentenza commentata riguarda il caso di una studentessa minorenni che, durante una gita scolastica, aveva scavalcato volontariamente un parapetto, si era buttata su un lastrico solare dell'albergo e da lì era caduta procurandosi lesioni. La Cassazione afferma la



particolarità, due possono essere, essenzialmente, le conseguenze giuridiche: l'interruzione del nesso causale tra la condotta del danneggiante e il danno prodotto, o un'attenuazione della responsabilità del danneggiante poiché la sua colpa è meno rilevante nel caso concreto.

L'art. 1227 c.c. è lo strumento principale per ridurre o escludere la responsabilità (civile) di un soggetto quando il suo contributo, a dispetto dell'interferenza su un piano materiale, non è più rilevante, o è meno rilevante, a fronte dell'intervento di un altro soggetto<sup>2</sup>. Tale norma è però stata interpretata dagli studiosi in modo discordante. La dottrina prevalente vi ha scorto esclusivamente un mezzo per misurare l'apporto della condotta del danneggiato in termini causali<sup>3</sup>, con un'eclissi della valutazione della "colpa" del danneggiato. Eppure, secondo gli studiosi più attenti, proprio il principio di autoreponsabilità costituirebbe il fondamento della disposizione; secondo quest'ultima lettura, il problema dell'individuazione della condotta diligente e prudente che è lecito attendersi anche dal soggetto che subisce il danno ha quindi una precisa rilevanza in termini di fondazione o di limitazione della responsabilità del danneggiante<sup>4</sup>.

Pertanto, il giudizio di colpevolezza civile, nelle forme del dolo e della colpa, dovrà essere un *"giudizio relazionale, che deve tener conto di quanto i vari tipi di soggetti coinvolti hanno fatto o potevano fare per prevenire o lenire il danno, in base ad un modello, necessariamente*

---

responsabilità della struttura alberghiera e degli insegnanti, senza assegnare il giusto peso alla condotta della ragazza.

<sup>2</sup> "Art. 1227 c.c. – Concorso del fatto colposo del creditore.

1. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

2. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

<sup>3</sup> M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2004, pp. 93 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, II ed., Milano, Giuffrè, 2005, p. 237; V. CARBONE, *Nesso di causalità e criteri di valutazione*, in *Diritto civile*, a cura di N. Lipari-P. Rescigno, vol. III, t. I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, p. 721.

<sup>4</sup> S. PUGLIATTI, voce *Autoreponsabilità*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959; G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, n. 1, p. 460.

giudiziale, di apprezzamento della loro condotta”<sup>5</sup>. Si noti l’importanza di tale conclusione: per individuare il danno di cui un soggetto deve rispondere (il che è una delle funzioni primarie dell’intero sistema delle responsabilità civili) deve essere considerata l’influenza della condotta del soggetto che ha subito quel danno, e sulla base di questa deve essere nuovamente parametrata la diligenza richiesta al primo soggetto.

Vi sono settori di attività che evidenziano in modo spiccato situazioni fattuali e normative in cui il comportamento (e la colpa) del danneggiato si intrecciano con quelli del danneggiante, e in cui al danneggiato è richiesto un comportamento prudente per prevenire il danno che egli stesso dovrebbe subire o per elidere quello che egli stesso ha subito: si pensi alla produzione e al commercio di alimentari, la cui filiera di controlli, sempre più complessa, coinvolge oramai anche il consumatore<sup>6</sup>; alla responsabilità da prodotto laddove il danno sia determinato anche dall’utente<sup>7</sup>; ai danni riportati dalle cose in custodia ex art. 2051 c.c.<sup>8</sup>; ai rapporti tra un istituto di credito e una società cliente in caso quest’ultima tolleri la permanenza di irregolarità che poi danno luogo ad un nocumento<sup>9</sup>; ai rapporti tra guidatore e passeggero che non mette le cinture di sicurezza e riporta una lesione in un sinistro<sup>10</sup>; alle attività sulle piste sciistiche<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> Così P. VALORE, *Responsabilità civile e ‘stretta di mano’: la necessità dell’elemento soggettivo dell’illecito*, in *Giur. it.*, 2015, fasc. 4, p. 812.

<sup>6</sup> F. CAFAGGI-P. IAMICELI, *Responsabilità del fornitore alimentare tra colpa professionale e concorso del produttore finale – il commento*, in *Contratti*, 2015, n 5, p. 891.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. civ., sent. n. 19 gennaio 1995, n. 567, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, p. 276; sul tema, cfr. E. RANJERI, *L’ambigua nozione di prodotto difettoso al vaglio della Corte di Cassazione italiana e delle altre Corti europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, fasc. 5, p. 623.

<sup>8</sup> A. P. BENEDETTI, *Condotta del danneggiato e responsabilità delle cose in custodia: spunti di riflessione*, in *Danno e resp.*, 2011, fasc. 3, p. 234.

<sup>9</sup> Per una singolare vicenda, cfr. A.P. BENEDETTI, *Responsabilità della banca per pagamento a soggetto non legittimato*, in *Danno e resp.*, 2007, fasc. 4, p. 391.

<sup>10</sup> B. TASSONE, *Mancato uso delle cinture di sicurezza, colpa omissiva del conducente e apportioning of liability*, in *Danno e resp.*, 2004, fasc. 7, p. 724.

<sup>11</sup> U. IZZO, *Pericoli lungo le aree sciabili e responsabilità extracontrattuale del gestore*, nota a Cass. civ., sez. III, sent. 19 febbraio 2013, n. 4018, in *Danno e resp.*, 2013, nn. 8-9, p. 863: “[...] anche nel settore sciistico la preoccupazione legislativa per la sicurezza assume un’ineliminabile caratura relazionale, alla

Il carattere relazionale della colpa civilistica si manifesta però anche nella fase precontrattuale, in cui l'affidamento delle parti contraenti non viene valutato più esclusivamente con riferimento alla conclusione del contratto, ma anche alla complessiva condotta tenuta dal danneggiante, il che, rispetto al problema dell'efficacia fuorviante di una dichiarazione resa durante le trattative, *"implica un giudizio di responsabilità relazionale in grado di accertare gli effetti della condotta del dichiarante su quella del destinatario della dichiarazione. Lo scambio continuo e bilaterale di informazioni, che caratterizza la fase di formazione del contratto, incide infatti in modo rilevante sulle regole di condotta dei contraenti. Riponendo affidamento sulle dichiarazioni dell'altra, ciascuna parte è indotta a modificare le proprie condotte in conseguenza di ciò (ad es. sostenendo spese economiche nella ricerca di ulteriori informazioni). Irrigidire con obblighi a priori tale relazione giuridica risulta perciò uno sforzo inappagante non tanto perché difetti il profilo della doverosità dell'agire, quanto perché la conformità a correttezza della condotta di chi si affida dipende dal tipo di contegno posto in essere in precedenza dalla controparte e non può essere predeterminato"*<sup>12</sup>.

Inoltre, gli stessi obblighi civilistici possono essere previsti allo scopo di proteggere alcuni soggetti "deboli", e in tal caso, evidentemente, le caratteristiche stesse del sorvegliato orientano il giudizio sulla misura della responsabilità del sorvegliante, che non potrà che essere costruita in riferimento ai bisogni di quel soggetto, alle sue esigenze

---

*luce della quale il raggiungimento del livello ottimale delle attività precauzionali destinate a dar senso concreto a questa finalità ideale – nella sede aggiudicativa che conforma la regolamentazione ex post di un'attività dannosa attraverso le regole di responsabilità – mostra di non poter prescindere dalla considerazione che l'interprete della normativa deve riservare alle interazioni cognitive idealmente correnti – attraverso il medio delle caratteristiche concretamente percepibili assunte dall'area sciabile – fra il comportamento dello sciatore e l'opus del gestore, tenuto in debito conto, peraltro, che la percezione della pista da parte dello sciatore deve accompagnarsi al mantenimento di un costante livello di attenzione volto a considerare (e governare) il proprio comportamento in posta alla luce della presenza di altri sciatori attivi sulle chine innevate".*

<sup>12</sup> Cfr. F. DELLA NEGRA, *Tutela dell'affidamento e dichiarazioni precontrattuali*, nota a Cass. civ., sez. II, sent. 26 aprile 2012, n. 6526, in *Contratti*, 2013, fasc. 2, p. 173, e gli ulteriori testi ivi citati.

di tutela; “tutto ciò in virtù di una valutazione del comportamento di quest’ultimo, che si perfeziona utilizzando un modello che potremmo definire soggettivo per relationem”<sup>13</sup>.

Riconoscere un carattere relazionale alla colpa significa anche – secondo autorevole dottrina – attribuirle una nuova funzione all’interno del sistema della responsabilità civile. Secondo la concezione nomologica, la colpa è stata prevalentemente interpretata come criterio di attribuzione della responsabilità, criterio che collega l’evento dannoso e uno o più soggetti responsabili. La funzione essenziale svolta dalla responsabilità civile è stata, dunque, quella compensativa, redistributiva dei costi economici e sociali che derivano dal verificarsi di un fatto dannoso. Gli studiosi, infatti, si sono concentrati in prevalenza sulla valutazione dell’ingiustizia del danno, cioè sull’individuazione e selezione delle conseguenze pregiudizievoli, rimproverabili ad uno o più soggetti, mentre del tutto secondaria è rimasta la tematica della regola di diligenza legata all’illecito colposo, di ciò che – in altre parole – l’agente era chiamato a fare o non fare. “La responsabilità diveniva, dunque, criterio di attribuzione del peso del danno e la colpa, quale criterio d’imputazione della responsabilità, uno degli strumenti attraverso cui si procedeva all’identificazione del responsabile. Così si consumava la dissociazione tra regola di condotta e regola d’imputazione del costo del danno e si finiva con l’identificare il problema della responsabilità civile e della colpa essenzialmente con il secondo profilo”<sup>14</sup>. A questa visione corrispondeva una rigida distinzione: il profilo e il comportamento del danneggiante venivano considerati essenzialmente per la valutazione dell’ingiustizia del danno e della rilevanza della situazione giuridica lesa, mentre del danneggiante veniva studiata la condotta. E ciò avveniva nonostante il ripensamento del sistema alla luce del principio di solidarietà: anche da questo, infatti “emergeva la [...] diversa incidenza sulle sfere del danneggiante e del danneggiato: condizione per la qualificazione colposa del comportamento del primo e criterio di definizione delle situazioni giuridiche tutelabili in relazione al secondo”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> M. BUSSANI, *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, Cedam, 1991, p. 167. Si veda inoltre F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, Cedam, 1996.

<sup>14</sup> F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, cit., pp. 60-61.

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 62.

Vi è però un'altra prospettiva, in cui alla colpa è assegnata una funzione essenzialmente preventiva. In questa soluzione, la colpa viene ricostruita non muovendo dalla conseguenza pregiudizievole, ma dalla regola di condotta, con un dichiarato scopo promozionale; per incentivare, cioè, l'adozione di comportamenti che prevengano il danno, piuttosto che per risolvere un conflitto che già si è prodotto o distribuirne le conseguenze sul piano giuridico ed economico. *"Emerge una concezione della responsabilità costitutiva di una regola-promozione o regola-incentivo piuttosto che di una regola-sanzione o regola-conseguenza"*<sup>16</sup>. Definire la diligenza a cui il soggetto danneggiante è chiamato, significa valutare i concreti effetti della sua condotta nei vari contesti sociali in cui questi si trova ad operare. In tali situazioni – specialmente alla luce dell'analisi economica del diritto – può però risultare evidente che un'efficace (ed efficiente) distribuzione delle regole precauzionali deve coinvolgere anche il soggetto che finisce poi per subire il danno, e che certamente il comportamento di quest'ultimo influirà sulla valutazione del comportamento e sulla regola di diligenza che si applica al danneggiato. Da qui la valorizzazione della *relazionalità della colpa*, che si traduce nella necessità di definire le condotte diligenti di entrambi, tanto del danneggiante, quanto del danneggiato, e gli effetti che una può produrre sull'altra<sup>17</sup>. Lo scopo è fornire una regola per quelle situazioni di interrelazionalità fattuale e individuare il migliore strumento per la

---

<sup>16</sup> Ivi, pp. 67-68.

<sup>17</sup> "Ciò che sembra evidente, sia con riferimento al diverso livello di rischio generato dall'interazione con soggetti ed attività diverse sia con riferimento alla possibilità di identico livello di rischio con diverse capacità di prevenzione e/o assicurazione degli agenti, è che la posizione del potenziale danneggiato e la sua eventuale attività costituiscono elementi essenziali per la definizione della regola di condotta del (ed in taluni casi di interazione con il) potenziale danneggiante. [...] Il discorso, sotto questo profilo, presenta caratteri speculari per ciò che attiene alla posizione del danneggiante in riferimento alla definizione della condotta del potenziale danneggiato. La definizione del rischio generato e della condotta di quest'ultimo dipende dalle caratteristiche del soggetto e dell'attività con cui interagisce. Si potrà valutare in che misura possa chiedersi al potenziale danneggiato di adattare la propria condotta e di variarla in relazione alle differenze di ciascun potenziale danneggiante, dal momento che esista una precisa correlazione tra contenuto del diritto di cui è titolare e livello e tipologia di precauzioni esigibili. Ma questo profilo non inficia la necessità che anche per il potenziale danneggiato si adotti una regola di condotta fondata sull'aspettativa di comportamento diligente dell'altra parte, approdando ad una definizione reazionale". Così ancora F. CAFAGGI, *Profili di razionalità della colpa*, cit., pp. 113-115.

prevenzione del danno: “nella prospettiva adottata si utilizzerà la responsabilità per colpa come strumento di disciplina dell’interazione a mezzo della predisposizione di sanzioni in caso di inosservanza, non come criterio di attribuzione dei costi da essa derivati né tantomeno come strumento di reazione ad un conflitto già prodottosi; senza per questo, tuttavia, ignorare che violazioni degli standards predisposti possano occorrere e, pertanto, sia necessario predisporre adeguati mezzi di coercizione che, reagendo alla violazione, assicurino l’osservanza della regola. Il risarcimento del danno assolve alla funzione di disincentivare la violazione prima che di compensare le conseguenze da essa derivanti. La responsabilità in tal modo riflette la regola di condotta costituendo una conseguenza della sua inosservanza”<sup>18</sup>.

Esaurito questo *excursus* nel diritto civile, possiamo ora ad indagare se un concetto di colpa relazionale sia stato formulato anche dalla dottrina penalistica.

### ***1.1. In particolare: la natura relazionale della colpa penale***

Non è frequente nel diritto penale rinvenire l’espressione “colpa relazionale”, benché ve ne siano alcune occorrenze.

La principale elaborazione e – per quanto a nostra conoscenza – la più sistematica si deve a Castronuovo, che ha individuato alcuni “*elementi che dipendono dal carattere relazionale della colpa, ossia quei profili di interazione sociale tra i diversi agenti, ai quali l’ordinamento giuridico assegna ruoli differenziati*”<sup>19</sup>.

La ricostruzione muove da una distinzione tra il dovere di diligenza e la diligenza (cioè il contenuto del dovere). Il dovere è la situazione giuridica soggettiva di chi, in una determinata situazione, è destinatario della pretesa ordinamentale di astenersi da

---

<sup>18</sup> F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, cit., pp. 69-70.

<sup>19</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 283. Cfr. anche D. CASTRONUOVO, *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, n. 3, p. 216; D. CASTRONUOVO, *L’evoluzione della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, n. 4, pp. 1594 ss.

determinate condotte imprudenti, o di agire in modo diligente. La diligenza oggetto del dovere, invece, consiste “*nelle regole di condotta a contenuto cautelare identificabili come doverose per il soggetto in quella situazione concreta*”<sup>20</sup>, cioè riguarda non l’obbligo di agire o di non agire, ma il “come” agire; le regole strumentali, però, a differenza delle regole che fondano il dovere, non hanno necessariamente una fonte legale, bensì variabile, anche sub-legislativa, e possono non essere formalizzate. I comportamenti che queste descrivono “*diventano ‘tipici’ solo se la clausola generale che le comprende possa essere ‘attualizzata’ con riferimento alla situazione concreta: solo, cioè, laddove si mostrino moduli comportamentali ‘validi’ nella situazione concreta, rivelandosi standard appropriati ed efficaci, principalmente sulla base del criterio della evitabilità delle conseguenze prevedibili*”<sup>21</sup>. Presupposto logico necessario per l’individuazione di ogni regola doverosa è allora la sua riconoscibilità: a nessun consociato l’ordinamento potrà domandare un determinato comportamento se questi non sia messo in grado di individuare prima il dovere e, immediatamente dopo, il suo contenuto.

Senonché – e questo è il punto centrale – la crescente complessità della società contemporanea pone grosse difficoltà. Possono essere infatti individuate svariate situazioni di rischio connesse alle attività industriali, commerciali, di produzione, di distribuzione di prodotti; si moltiplicano le attività umane in cui lo scopo di tutela di alcuni beni giuridici è perseguito attraverso reciproci controlli, strutture complesse di prevenzione e gestione del rischio, in cui sono coinvolti diversi attori e, talvolta, gli stessi titolari di quei beni che debbono ricevere tutela ordinamentale; nascono, parallelamente, nuovi strumenti di normazione, di fonte legislativa, paralegislativa e anche di matrice privatistica.

In altre parole, non è difficile constatare che la realtà presenta un numero sempre maggiore di contesti relazionali, in cui un soggetto non si trova ad agire da solo e, pertanto, la produzione del risultato lesivo di un bene giuridico tutelato non potrà

---

<sup>20</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 289.

<sup>21</sup> *Ibidem*. Da qui la centralità di accertare il “nesso” tra la colpa e l’evento, tanto in termini di evitabilità dell’evento pregiudizievole, quanto di concreta realizzazione del rischio che la norma fonte del dovere intendeva evitare.

esserli ascritta senza avere dipanato i nodi delle influenze delle condotte di coloro che hanno agito (o omessi di agire) insieme a lui. Di conseguenza, anche *“la ricostruzione della fattispecie colposa, intesa come colpevole violazione del dovere di diligenza, implica, come si diceva, un procedimento ermeneutico complesso, incentrato, oltre che sul fenomeno dell’integrazione tra norme, anche su articolati profili relazionali, traducibili, non poche volte, in termini di affidamento, di cooperazione o concorso colposo, di contributo della vittima”*<sup>22</sup>.

Sulla base di queste premesse, è stato affermato che la responsabilità penale colposa sarebbe di *per sé* impregnata di un carattere relazionale: *“riteniamo [...] che la colpa sia un concetto tendenzialmente o prevalentemente relazionale o interazionale, ossia connotato da notevoli profili di intersoggettività: ciò riguarda anche la “colpa penale [...]”. Ne consegue che sarà possibile ricostruire la nozione di colpa solo a patto di considerare, non solo la condotta dell’autore (come se fosse isolata dal contesto di riferimento in cui si svolge l’attività), ma anche i necessari fattori di interazione soggettiva”*<sup>23</sup>. La struttura stessa della colpa, insomma, è segnata da elementi (che nella nostra esposizione abbiamo definito “note di relazionalità”) che impongono di considerare il rapporto tra chi agisce od omette di agire e gli altri soggetti.

In tal modo, è possibile mantenere la struttura della responsabilità colposa, rispettando l’insopprimibile necessità, anche in contesti relazionali, di parametrarla sul singolo soggetto; tuttavia, ciò non impedisce di valorizzare i profili di relazionalità tra i comportamenti umani; di più: uno scopo è connesso all’altro, poiché ogni responsabilità colposa imputata ad un soggetto non può essere senza limiti, e dunque definirne i confini è definirne l’ambito.

La nostra opinione è invece differente. Notiamo che le situazioni di grande complessità sociale che abbiamo richiamato non rappresentano la totalità delle occasioni in cui possa essere violata una norma cautelare. Esistono, per così dire, anche ipotesi di colpa *non* relazionale. A nostro modo di vedere, la relazionalità della colpa è un elemento che si rende presente in moltissimi casi, soprattutto nella società contemporanea, ma non è un carattere necessario della responsabilità colposa, bensì

---

<sup>22</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 300.

<sup>23</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 322.



*eventuale*, che si manifesta in quei tratti specifici da noi definiti “note relazionali”. La responsabilità relazionale *non è però estranea* alla struttura della responsabilità colposa, in quanto la manifestazione delle note relazionali non scardina il modello, ma gli conferisce un colore distinto, sottolineando l’interdipendenza tra le responsabilità dei soggetti coinvolti: così i nessi tra la colpa e l’evento non sono certo prerogativa esclusiva delle ipotesi di responsabilità relazionale, ma certamente quelle ipotesi aggiungono – come vedremo – ulteriori dubbi a questo già incerto terreno. Il principio di affidamento viene certamente in considerazione solo in ipotesi relazionali ma, a ben guardare, dal punto di vista dell’analisi degli elementi del reato, non è altro che un fattore di limitazione della norma cautelare. Proprio la norma cautelare è il primo elemento (nell’ambito della colpevolezza) che può assumere un carattere cautelare. Ciò si realizza in tutte quelle ipotesi ove l’ordinamento richiede al soggetto A di parametrare la propria condotta in funzione di quello che B (o V) fa o non fa; gli chiede di prevedere l’esito della condotta di questo; gli chiede di interagire con lui seguendo determinate regole di comportamento per produrre uno specifico risultato; gli chiede di reagire all’azione o all’omissione di questo. Ecco allora che la violazione della diligenza richiesta ad A non può essere parametrata senza aver riguardo a quanto B (o V) realizzi, ometta di realizzare, avrebbe potuto realizzare.

## **2. Il principio di affidamento: una nota relazionale di limitazione della responsabilità di A**

Il principio di affidamento afferma che all’interno di un gruppo, ciascun soggetto può confidare nel fatto che gli altri componenti dello stesso agiscano rispettando un determinato *standard* di diligenza<sup>24</sup>. “Il principio di affidamento sta ad indicare che – rispetto

---

<sup>24</sup> In argomento, cfr. G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977/1978, p. 307; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 242; F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 536; M. MANTOVANI,

alle situazioni di rischio, implicanti la convergenza di attività rischiose, giuridicamente autorizzate, di più soggetti con “obblighi divisi” (cioè di diverso contenuto) di diligenza (es: circolazione stradale, attività chirurgica in équipe) – ciascun soggetto può e deve confidare nel corretto comportamento degli altri soggetti, cioè nel rispetto da parte loro delle “regole cautelari” scritte o non scritte, proprie delle rispettive attività da essi svolte ed aventi la funzione preventiva di escludere o contenere la pericolosità delle stesse”<sup>25</sup>. L’aspettativa che si traduce nel legittimo affidamento ha natura “normativa, non puramente statistica o empirico-fattuale”<sup>26</sup>.

È pertanto evidente il carattere di strumento di controllo e di limite rispetto alla responsabilità colposa<sup>27</sup>. Il soggetto A aveva ragione di confidare nel fatto che B si comportasse in modo conforme alle pretese ordinamentali, e quest’ultimo le ha poi disattese, dando agli eventi un corso tale che è stato determinato il risultato lesivo finale. In altre parole, non solo il soggetto A risponderà del fatto proprio (il che deve essere presupposto di ogni rimprovero penalistico nel nostro ordinamento), ma risponderà esclusivamente *in relazione* al fatto proprio, vale a dire sarà libero di orientare la propria condotta agli *standard* di diligenza imposti, avendo esclusivo riguardo al proprio comportamento, senza preoccuparsi di quello che un altro soggetto fa, e, di riflesso, senza curarsi di come il proprio comportamento potrebbe interagire con quello altrui nella produzione dell’evento lesivo finale.

---

*Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1997, p. 1051; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 204; G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi romana*, 1968, p. 217; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2018, p. 382.

<sup>25</sup> F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., p. 536.

<sup>26</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 489

<sup>27</sup> Cfr. in questo senso Cass. pen., sent. 20 novembre 1992, Stravato, in CED, 189173; in particolare, la Corte di Cassazione ha chiarito che tale principio consente di limitare l’obbligo di diligenza del singolo sanitario che opera all’interno di un’équipe, così che la misura della responsabilità di ognuno risulti rispettosa dei parametri di personalità di cui all’art. 27 Cost. (Cass. pen., sent. 9 aprile 2009, F.F., in CED, 243511).

Ponendo mente a questa prima esposizione, si potrebbe rimanere *prima facie* assai sorpresi dalla trattazione di questo principio in un lavoro dedicato alle note relazionali della responsabilità colposa. Infatti, la funzione di limitazione della responsabilità di A sembra porre una barriera proprio a quella colpa in dipendenza del fatto altrui di cui abbiamo parlato in precedenza.

Questa considerazione sarebbe senza dubbio corretta, eppure parziale; corretta perché il principio va senza dubbio considerato tra gli elementi, per così dire, “di segno negativo”, in quella grande sommatoria di variabili che conduce all’affermazione o alla negazione della responsabilità di un soggetto: esso limita, appunto, la responsabilità di A, ne è un “controlimite”. Tuttavia, il principio non ha valore universale, ma incontra precisi limiti, in presenza dei quali la responsabilità di A torna ad espandersi, poiché in tali situazioni il soggetto deve considerare il comportamento di B, e adattare la propria condotta così da evitare – se possibile – l’evento pregiudizievole finale. È quindi evidente che affermare o negare la sussistenza di questi limiti comporta, di riflesso, restringere o estendere la responsabilità di A in relazione al comportamento di B. Il principio è dunque una “nota relazionale in negativo”, mentre le sue limitazioni e le sue eccezioni sono note relazionali “positive”; ma in ogni caso non è negabile il carattere relazionale di questa figura.

Ecco allora che è necessario studiare questo principio, comprenderne la *ratio* e le funzionalità che arriva a ricoprire all’interno dell’ordinamento, per comprendere se il suo fondamento e i suoi limiti siano giustificati e coerenti, e per valutarne le implicazioni sulla trama della struttura della responsabilità relazionale.

## **2.1.      *Le funzioni e il fondamento del principio di affidamento***

Il principio di affidamento svolge, nell’ordinamento, diverse *funzioni*. In primo luogo, e in senso molto generale, risponde all’esigenza dell’ordinamento di fornire norme adeguate ad una società sempre più complessa, in perenne evoluzione, dove la rete dei controlli reciproci e si infittisce, che siano però componibili con i principi della responsabilità personale e colpevole parametrata, essenzialmente, sull’apporto del

singolo<sup>28</sup>. Inoltre, è uno degli strumenti-chiave grazie al quale l'ordinamento evita che il rischio che moltissime attività sociali restino paralizzate da una serie di controlli reciproci e incrociati, e i consociati siano così timorosi di poter vedersi imputata la responsabilità per un'offesa (benché essi non l'abbiano direttamente realizzata) da scegliere piuttosto l'alternativa della rinuncia a tale attività. Infine, un suo effetto indiretto (ma dai risvolti pratici essenziali) è quello di consentire a ciascun soggetto di concentrarsi prevalentemente – se non esclusivamente – sullo svolgimento delle proprie mansioni, senza preoccuparsi del controllo di altri, che potrebbero anche essere impegnati in attività a lui sconosciute.

Controverso è il *fondamento giuridico* del principio. Secondo una prima teoria<sup>29</sup>, corrispondente a quella largamente predominante nella dottrina tedesca, la fonte del principio altro non è che la teoria dell'autoresponsabilità, cioè l'affermazione per cui ogni soggetto non può che rispondere, essenzialmente, dei fatti che ricadono nella propria sfera di influenza; ne consegue, necessariamente, che ciascun soggetto deve potersi fidare di quanto farà un altro, senza indagare la sfera di influenza di quest'ultimo.

Altra dottrina propende invece per ricondurre il principio di affidamento alle aspettative dell'ordinamento giuridico all'osservanza delle regole cautelari da parte dei loro destinatari: se ogni consociato è destinatario di determinate regole di condotta, ciascuno potrà attendersi dagli altri che le stesse siano rispettate. Si potrebbe agevolmente criticare questa affermazione come utopistica, ma, d'altra parte, se è vero che il principio non opera rispetto ad attività vietate, ma solo di rischio consentito, l'ordinamento è logicamente costretto a tale supposizione<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> In questo senso, M.L. MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, nota a Cass. pen., sez. IV, sent. 30 gennaio 2008, n. 8615, Mariotti, in *Cass. pen.*, 2010, n. 4, p. 1495.

<sup>29</sup> F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 170; in senso critico, M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento*, cit., pp. 136 ss.

<sup>30</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 198-199; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2014, p. 584; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2018, p. 382. V. anche G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 242 ss.

Per quanto riguarda il fondamento costituzionale del principio<sup>31</sup>, alcuni autori hanno interpretato l'art. 27 Cost., che sancisce la personalità della responsabilità penale come la fonte, ad un tempo, del principio di affidamento e di quello di autoresponsabilità. Altri studiosi, riprendendo l'affermazione di un principio fondato sull'aspettativa dell'ordinamento e funzionale all'aspettativa dei soggetti coinvolti nelle attività a rischio consentito, lo riconducono piuttosto al dovere di rispettare le leggi (art. 54, comma 1 Cost.), o al principio di uguaglianza di ogni cittadino di fronte alla legge (art. 3 Cost.), poiché se ognuno è nella medesima posizione rispetto alla pretesa ordinamentale di rispetto delle leggi, allora ciascuno può attendersi dagli altri una risposta positiva a tale pretesa.

Quest'ultima interpretazione merita, in particolar modo, di essere sottolineata: *“l'aspettativa del singolo che così si determina non è altro che la proiezione intersoggettiva di quella più generale aspettativa (rectius: dell' “aspettativa generalizzata”) che già l'ordinamento nutre una volta che pone a livello giuridico (e non solo sociale) delle norme di comportamento finalizzate a prevenire venti lesivi e rivolte in modo vincolante a tutti gli appartenenti alla medesima cerchia sociale oppure a tutti gli esercenti determinate attività pericolose”*<sup>32</sup>. La dottrina che la sostiene, pertanto, sottolinea che in tal modo la matrice del *Vertrauengrundsatz* non è un semplice corollario del principio di autoresponsabilità o del principio del rischio consentito, ma si fonda sulla dimensione oggettiva del fatto colposo<sup>33</sup>. Si tratta della ricostruzione del fondamento del principio di affidamento che maggiormente ne evidenzia il carattere relazionale: la possibilità di fare affidamento, di attendersi che il terzo si comporti conformemente al dovere di diligenza influisce direttamente sul dovere prevedere o non prevedere quelle lesioni ai beni giuridici che possono essere la conseguenza della deviazione del comportamento degli altri soggetti dal ciò che sarebbe loro richiesto.

---

<sup>31</sup> F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., pp. 543-544. G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 702; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., pp. 454 ss.; L. VENTURA, *Sub art. 54 Cost.*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti politici*, Il, Art. 53-54, a cura di G. Branca-A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, pp. 61 ss.

<sup>32</sup> M.L. MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti*, cit., p. 1495.

<sup>33</sup> *Ibidem*, con riferimenti a M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., pp. 65 ss.

## 2.2. *L'ambito applicativo e i limiti*

Circa *l'ambito applicativo* del principio, bisogna però innanzitutto premettere che esso opera relativamente ad attività che siano *rischiose*, ma giuridicamente autorizzate e, quindi, consentite dall'ordinamento. Se il principio non operasse, infatti, ciò darebbe luogo ad un'insopportabile contraddizione da parte di un ordinamento che, da un lato, consente ai consociati di svolgere alcune attività che pure potrebbero avere un esito infausto (si pensi all'attività medico-chirurgica, a quella della circolazione aerea, ferroviaria, marittima, stradale, a molte – se non a tutte le – attività industriali) e successivamente attribuisca in modo indiscriminato a tutti i soggetti coinvolti, la responsabilità per quegli eventi che rientrano nell'area del “rischio consentito”. Coloro che rispettano le norme cautelari che definiscono la misura del rischio ammesso dall'ordinamento sono, grazie a questo principio, preservati dall'attribuzione della responsabilità per un fatto immediatamente riconducibile ad un altro soggetto (B).

Al contrario, il principio di affidamento non può operare in un contesto che è dall'ordinamento interamente e radicalmente riprovato, come quello di un'attività giuridicamente non autorizzata, a tutti gli effetti vietata. Qui non interverranno norme cautelari che delimitano la condotta corretta, bensì norme penali che le incriminano, sancendo, dunque, l'obbligo di astensione da queste attività<sup>34</sup>.

È interessante notare come parte della dottrina riconduca a queste due situazioni addirittura due “tipi” differenti di colpa. Da un lato, la colpa comune, che viene in considerazione nelle attività *non* autorizzate e che è caratterizzata dall'inosservanza (non delle regole di condotta, in quanto l'attività è proibita, ma) delle norme che impongono l'astensione da quelle attività; dalla prevedibilità e dalla evitabilità dell'evento secondo il parametro dell'*homo eiusdem condicionis ac professionis*. Dall'altro lato, per le attività lecite (a rischio consentito), in cui alcuni rischi sono consentiti dall'ordinamento, verrebbe in considerazione una “colpa speciale (o *professionale; medica, stradale, imprenditoriale, sportiva, ecc.*)”<sup>35</sup>, per la quale rileverebbero la trasgressione di norme

---

<sup>34</sup> F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., pp. 537-538.

<sup>35</sup> F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., p. 542.

cautelari, obblighi comportamentali che indicano all'agente come restare nell'ambito del rischio consentito, e poi non la realizzazione del rischio tollerato dall'ordinamento, ma solo di quello riprovato (quindi non semplicemente la morte del paziente, ma piuttosto la morte sul tavolo operatorio per un errore dell'anestesista non corretto dal capo *équipe*).

Formulato originariamente in Germania, con riferimento ai reati di circolazione stradale, il principio è stato adottato dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiane proprio a cominciare da quell'attività, per poi estendersi ad una *casistica complessa*. Così, possiamo oggi distinguere schemi di *interazione sincronica* tra soggetti che operano in uno stesso ambito spazio-temporale (l'esempio prototipico è quello dell'*équipe* medica) – benché, nella nostra sistematica, permanga una diversa prossimità *in senso logico* alla lesione del bene, e *collaborazione diacronica* (si pensi, per esempio, agli esami medici che vengono prima prescritti dal medico curante e successivamente svolti dal laboratorio, o a complessi trattamenti sanitari che portano il paziente ad entrare in contatto con diversi medici e operatori sanitari nelle distinte fasi; fuori del campo della responsabilità medica, si pensi all'affidamento che l'acquirente di automobili ripone nel venditore, facendo affidamento sul fatto che questi non avrà truccato il motore, e nel meccanico dell'officina, confidando che durante una riparazione di *routine*, lo stesso non manometta l'impianto frenante).

La prima può presentare un rapporto tra soggetti che si sviluppa in senso orizzontale (come, ad es., tra medici di diverse specializzazioni), o verticale (medici della stessa professione ma inquadrati secondo una gerarchia).

Come accennato, tuttavia, il principio di affidamento incontra una serie di *limiti*.

Non opera il principio dell'affidamento sul corretto comportamento del consociato quando le circostanze concrete percepibili (anche se non effettivamente percepite) manifestano elementi idonei a far presagire situazioni di pericolo, cioè una deviazione del comportamento del terzo da quanto gli sarebbe richiesto in termini di

diligenza<sup>36</sup>. Gli indizi possono riguardare la diligenza altrui passata, presente e futura<sup>37</sup>. Questo limite si giustifica poiché l'affidamento del consociato sull'osservanza delle regole di diligenza da parte di altri soggetti non è cieca: avere contezza che B non si comporterà secondo quanto l'ordinamento dovrebbe aspettarsi, implica, di riflesso, che l'evento conseguenza della sua condotta, o piuttosto della combinazione tra le condotte di A e B diventi prevedibile agli occhi di A; e ciò comporta una riesplorazione della sua responsabilità qualora non adegui la sua condotta. La presenza e la giustificazione di questo limite prova che *“il principio di affidamento, soprattutto se visto nella sua dimensione in action, è un efficiente e imprescindibile criterio di formazione della regola modale di condotta nei contesti plurali”*<sup>38</sup>.

Il limite non si riferisce solo alle circostanze di fatto percepite, bensì anche a quello che, secondo la normale diligenza sono semplicemente percepibili. Queste limitazioni valgono poi sia nei casi di interazione diacronica (si immagini il medico che affida una cartella clinica ad un collega di un altro reparto, constatando che lo stesso puzza di alcol e barcolla), quanto sincronica (il chirurgo e che noti lo stesso problema nell'anestesista insieme a cui sta operando).

La maggior parte della dottrina ritiene che non operi il principio laddove a fondare la tipicità dell'omissione di A sia una posizione di garanzia di impedimento del

---

<sup>36</sup> A titolo esemplificativo, cfr. Cass. pen., sent. 15 luglio 2010, Filippi, in *Riv. pol.*, 2001, p. 400; Cass. pen., sent. 8 ottobre 2009, Minunno, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3169, con nota di R. RUSSO, *L'onere dell'automobilista di prevedere le altrui condotte irregolari. Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*.

<sup>37</sup> Interessanti sul punto le precisazioni di M. MANTOVANI, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1057-1058: la rilevanza di un indizio di un comportamento passato del terzo non comporta una violazione del principio di irretroattività della norma penale. Il principio va infatti verificato nel rapporto tra la norma cautelare (che non può disporre che per l'avvenire) e la condotta del soggetto (il terzo); benché questa sia avvenuta nel passato rispetto alla valutazione di affidamento svolta da A, si è in ogni caso verificata successivamente alla posizione della norma cautelare e della correlata incriminazione.

<sup>38</sup> M.L. MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti*, cit., p. 1497.



reato doloso o colposo del terzo<sup>39</sup>. Il limite si giustifica con la necessità di evitare che le esigenze di tutela di un determinato bene o di un determinato soggetto, che hanno spinto l'ordinamento a fondare una posizione di garanzia, vengano poi frustrate con la riduzione dell'oggetto delle "preoccupazioni" del garante.

Vi sono, tuttavia, alcune precisazioni da svolgere in merito.

In primo luogo, non esiste un fondamento positivo di questo limite al principio di affidamento<sup>40</sup>. Inoltre, applicando tale limite a *tutte* le posizioni di garanzia, si finirebbe, paradossalmente, per negarne l'operatività proprio in quei contesti dove esso è stato più frequentemente applicato: se ogni medico è infatti titolare di una posizione di garanzia a tutela della salute del paziente, nessuno di loro potrà invocare l'affidamento nella diligente condotta di quest'ultimo?

Inoltre, parte della dottrina avanza dubbi circa l'utilità funzionale di escludere la possibilità di invocare il principio per il soggetto di vertice che, giocoforza, sarà costretto ad abbandonare le proprie mansioni per occuparsi quasi esclusivamente del controllo dell'operato altrui; di riflesso, inoltre, i soggetti subordinati rischierebbero di essere de-responsabilizzati, e questi due elementi, combinandosi tra loro, rischierebbero di vanificare quella divisione del lavoro che è uno degli ambiti naturali di applicazione del principio<sup>41</sup>.

Da ultimo, sul punto, va segnalata un'obiezione concernente la responsabilità di A a protezione della vittima V. Negando l'invocabilità del principio di affidamento da parte del garante A, si riduce il principio di affidamento ad una dimensione unilaterale,

---

<sup>39</sup> Cfr., ad esempio, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 284; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 585; F. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 258; G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa*, cit.; F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., p. 546; per la giurisprudenza, sulla l'incompatibilità logica e 'genetica' fra legittimo affidamento e posizione di garanzia, cfr., solo a titolo esemplificativo: Cass. pen., sez. IV, sent. 3 giugno 1999, n. 12115, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 986, con nota di R. GIOVAGNOLI, *Il concorso colposo del lavoratore infortunato tra principio di affidamento e interruzione del nesso causale*; Cass. pen., sent. 11 dicembre 1989, Calleri, in *Dir. pen. lav.*, 1990, p. 899; Cass. pen., sez. IV, sent. 22 ottobre 2008, n. 45698, in *Cass. Pen.*, 2010, I, p. 175.

<sup>40</sup> M.L. MATTHEUDAKIS, *Successione dei garanti*, cit., p. 1497.

<sup>41</sup> M.L. MATTHEUDAKIS, *Successione dei garanti*, cit., p. 1498.

in cui la potenziale vittima V (tipicamente, nei casi di infortunio sul lavoro, il lavoratore) è invitato a fidarsi quasi ciecamente delle cautele predisposte dal datore di lavoro, mentre quest'ultimo non potrebbe fare affidamento neppure sul benché minimo rispetto delle regole da parte del lavoratore; “il lavoratore modello chiamato in causa dal giudice, in quanto inidoneo a suscitare ragionevoli aspettative, appare perciò un agente del tutto incapace di provvedere alla sicurezza propria e altrui”<sup>42</sup>, con un risultato paradossale che, oltre ad essere particolarmente disfunzionale sul piano dei rapporti sociali, non pare ammissibile dal punto di vista del diritto positivo, che chiama il lavoratore a contribuire all'adempimento degli obblighi richiesti in materia di sicurezza sul lavoro (artt. 20, comma 1, lett. a, d. lgs. 81/2008), e pertanto dev'essere formato e informato dei rischi (artt. 15, comma 1, lett. n e q, artt. 36 ss. d.lgs. 81/2008).

In altre parole, non sembra opportuna un'esclusione aprioristica del principio di affidamento in riferimento alle posizioni di garanzia. Il limite sembra più che giustificato laddove le fonti dell'obbligo impongono esplicitamente il dovere di prevedere il possibile comportamento negligente degli altri soggetti coinvolti<sup>43</sup>, condizione che, tuttavia, non si verifica ogni volta che è presente una posizione di garanzia. Ancora una volta, pertanto, l'interprete dovrà impegnarsi in una (non facilissima) opera ermeneutica per comprendere quale sia la pretesa dell'ordinamento ai garanti.

Si deve in ogni caso ricordare che – in questa e in tutte le altre ipotesi di esclusione – la non applicabilità del principio *non equivale affatto* ad un'imputazione oggettiva della responsabilità di A che, al contrario, potrà essere affermata esclusivamente in caso l'evento finale, mediato dalla condotta di B (o di V) resti prevedibile.

Un altro limite dipende proprio dalla natura di “controlimite” della colpa del principio: non può contare sulla sua applicazione, per l'esclusione della responsabilità, il soggetto che non rispetti una regola di diligenza (e quindi si trovi lui per primo in colpa!), e confidi nel fatto che altri consociati eviteranno la realizzazione del rischio da

---

<sup>42</sup> A. PERIN, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, n. 2, p. 113.

<sup>43</sup> Cass. pen., sent. 31 maggio 1989, Buti, in *CED*, 182195; Cass. pen., sent. 12 luglio 1988, Cavaleri, in *Riv. giur. circ. e trasporti*, 1989, p. 413.

lui creato<sup>44</sup>. Analogamente, non può invocare il principio chi per primo abbia violato una regola di condotta<sup>45</sup>.

Allo stesso modo, se le circostanze percepibili impongono l'adozione di cautele ulteriori, non è possibile dare per scontato che il terzo si comporterà in modo diligente<sup>46</sup>.

### **2.3. *Il problema dell'interferenza tra il principio di affidamento e la prevedibilità dell'evento (cenni)***

Abbiamo prima ricordato che tutte le forme di responsabilità colposa si fondano, tra l'altro, sull'accertamento della prevedibilità dell'evento. In un contesto relazione, in cui intervengono a determinare la lesione del bene giuridico tanto A quanto B, tale giudizio di prevedibilità non può che espandersi a tener conto delle condotte umane (di B), che costituiscono un "anello intermedio" tra la condotta di A e la realizzazione della lesione<sup>47</sup>: in un contesto di interferenza tra le varie condotte, "[...] confini e contenuti del dovere di diligenza dell'autore si definiscono anche in relazione al comportamento di terzi"<sup>48</sup>.

Una tale verifica deve avvenire sia che operi il principio di affidamento, sia che il ricorso ad essa resti precluso. Se volessimo applicare il principio di affidamento alla situazione di interazione tra A e B, studieremmo la possibilità per A di riconoscere quei segnali che indicano che B sta deviando dalla condotta diligente. Ma allora, ci stiamo

---

<sup>44</sup> Cass. pen., sent. 6 novembre 2003, Guida, in *Dir. Pen. proc.*, 2004, p. 1148; Cass. pen., sent. 1° febbraio 1991, De Murtas, in *AgCirc*, 1992, p. 132.

<sup>45</sup> Cass. pen., sent. 1° marzo 2005, R., in *Guida dir.*, 2005, n. 16, p. 84; cfr. anche Cass. pen., sent. 27 giugno 2013, Zanon, in *CED*, 258124; Cass. pen., 26 ottobre 2011, Castellano, in *CED*, 252140.

<sup>46</sup> G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 285; F. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 358; G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 1 ss.

<sup>47</sup> "Selezionare gli anelli causali (o le modalità dell'evento) di cui è necessario accertare la presenza nell'ambito dell'accadimento concretamente prodottosi [...]": G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 439.

<sup>48</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., p. 322.

già ponendo il problema della prevedibilità dell'evento "mediato" dalla condotta di B. Parte della dottrina ha sottolineato il rapporto di stretta interdipendenza, o persino di coincidenza tra l'accertamento della non riconoscibilità di indizi sull'inosservanza di B e la prevedibilità della condotta di B in relazione all'evento finale<sup>49</sup>. Da parte nostra, ci sembra che i due giudizi possano essere affiancati, ma non del tutto assimilati, in quanto la prevedibilità richiesta dalla "normale" responsabilità colposa si riferisce all'evento, alle conseguenze giuridiche della condotta colposa, e non può dunque esaurirsi nella questione sull'affidamento nella diligenza di B.

A dispetto di questo collegamento, tuttavia, la prassi giurisprudenziale stenta a riconoscere l'operatività del principio in alcuni settori, ove il soggetto destinatario della protezione ordinamentale (V) si trova in una posizione particolarmente debole (come gli infortuni sul lavoro), e il soggetto A è il suo garante. Molte pronunce, infatti, escludono in linea tendenziale la possibilità che l'azione autolesiva del tutto improvvisa di V possa attenuare o escludere la responsabilità di A, con la motivazione per cui "*le norme sulla prevenzione degli infortuni hanno la funzione primaria di evitare che si verifichino eventi lesivi dell'incolumità fisica [...] anche nelle ipotesi in cui siffatti rischi siano conseguenti ad eventuali imprudenze e disattenzioni degli operai subordinati [...]*"<sup>50</sup>. Tale resistenza potrebbe poi essere compresa alla luce del fatto che il criterio di prevedibilità viene formulato con riferimento ad un evento in astratto, e non riferito al concreto decorso causale degli

---

<sup>49</sup> M. C. BISACCI, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *Ind. pen.*, 2009, pp. 195 ss.

<sup>50</sup> Così, nella vigenza del d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547, Cass. pen., sez. IV, sent. 15 ottobre 1979, con nota di D. PETRINI, *Concorso colposo della vittima e infortunio sul lavoro*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 1576; analogamente: Cass. pen., sez. IV, sent. 4 maggio 1990, n. 6504; Cass. pen., sez. IV, sent. 30 maggio 1991, n. 5835. In relazione alla più recente normativa, cfr., a titolo esemplificativo: Cass. pen., sez. IV, 18 aprile 2002, n. 20467; Cass. pen., sez. IV, sent. 24 settembre 2003, n. 43362; Cass. pen., sez. IV, sent. 27 ottobre 2011, n. 46837, tutte in *Dejure*.

Sul punto, le opinioni in dottrina sono divergenti: cfr., tra gli altri, P. VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, pp. 520 ss.; in senso decisamente critico, O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, Torino, 2003, cit., pp. 64 ss.

eventi. È allora assai difficile escludere che per un datore di lavoro non sia in astratto prevedibile l'infortunio sul lavoro<sup>51</sup>.

Il vero problema, tuttavia, è quello dei parametri secondo svolgere tali giudizi. Il giudizio di prevedibilità dell'evento non può che essere formulato con quell'astrazione assai discussa che è l'*homo eiusdem condicionis ac professionis*<sup>52</sup>. Questo parametro normativo viene però frantumato in una miriade di agenti modello, diversi a seconda delle attività esercitate, e delle altre variabili. Per comprendere se l'affidamento sia legittimo è però necessario che l'interprete stabilisca ciò che ci si può lecitamente attendere dagli altri consociati; tuttavia, questo dato *“dipende dalla discrezionale (se non arbitraria) elaborazione di tanti ‘agenti modello’ quante sono le funzioni, le professioni, le competenze, ecc., che compongono un dato contesto sociale organizzato. Il ragionamento nel suo complesso [...] rischia di franare nell'arbitrio e nella circolarità: gli stessi modelli normativi – di fatto, modelli sociologici e politici – che soccorrono l'interprete agiscono orientati da altri modelli normativi, che ridefinisce lo stesso interprete.*

*“Il giudice risulta chiamato ad applicare il criterio di prevedibilità, sul piano intersoggettivo, adottando almeno due parametri normativi che egli stesso deve elaborare: il primo gli consente di porsi ‘nei panni’ dell'agente eiusdem condicionis; il secondo lo soccorre nel riconoscimento dell'aspettativa sociale idonea, in quanto legittima, a riflettersi sul piano della concretizzazione normativa del dovere di diligenza relazionale”*<sup>53</sup>.

Ecco dunque che il principio di affidamento, da strumento per l'adattamento della responsabilità penale “classica” ad un contesto relazionale, diviene una figura che rischia di evidenziare una delle strutturali limitazioni della responsabilità colposa: come è possibile parametrare la prevedibilità della condotta altrui?

---

<sup>51</sup> A. PERIN, *Colpa penale*, cit., pp. 109-110.

<sup>52</sup> Cfr., fra gli altri, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 193 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 237 ss.; F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Scritti in onore di Mario Pisani*, a cura di G. Bellantoni-D. Vigoni, vol. III, Milano, La Tribuna, 2011, pp. 209 ss. Cfr. anche la diversa prospettiva di V. ATTILI, *L'agente modello ‘nell'era della complessità’: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2006, p. 1240.

<sup>53</sup> A. PERIN, *Colpa penale*, cit., p. 111.

### 3. Il legame tra la condotta colposa di A e l'evento immediatamente riconducibile alla condotta di B o V: la relazionalità nei nessi tra la colpa e l'evento e nella teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento

C'è però un'altra nota relazionale ricadente nell'ambito della colpa che dobbiamo esaminare; si tratta di uno strumento essenziale per sciogliere l'intreccio fattuale dove interagiscono A e B (o V), e per giungere alla corretta imputazione di responsabilità in capo al primo di questi. Infatti, per comprendere quali eventi siano imputabili ad A in questi contesti relazionali, è necessaria un'attenta verifica dei nessi tra la colpa e l'evento, che in questo caso sarà mediato appunto dall'intervento di un altro soggetto.

I nessi orientano “la verifica della tipicità del fatto colposo in un'ottica normativa, che si aggiunge a quella fenomenica e la presuppone”<sup>54</sup>. Anch'essa, come il principio di affidamento, è una nota relazionale “di segno negativo”, perché la verifica di questi nessi controlla e delimita la responsabilità di A, selezionando gli eventi a lui imputabili.

Come diremo subito, si tratta di una nota relazionale problematica, in cui la situazione plurisoggettiva aggiunge ulteriori insidie ad una categoria penalistica che, già di per sé è molto discussa, per la sua unitarietà per le condotte attive e omissive (talvolta affermata e talaltra negata), per gli incerti rapporti con la causalità (della condotta, afferente al fatto tipico).

Il primo nesso riguarda l'identità, *rectius*, la concretizzazione del rischio che la norma cautelare intendeva evitare: l'evento concreto deve esserne un inveroamento.

Il secondo nesso concerne l'evitabilità dell'evento concretamente realizzatosi grazie al comportamento alternativo lecito: se l'agente non sarebbe stato in grado di impedire l'evento pur osservando scrupolosamente la regola cautelare violata, non sussiste tale nesso, e s'impone l'esclusione della responsabilità per l'agente.

---

<sup>54</sup> P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, n. 3, p. 1225.

La dottrina utilizza frequentemente l'espressione "causalità della colpa", talvolta riferendola esclusivamente al secondo nesso<sup>55</sup>, talvolta ad entrambi<sup>56</sup>; tale locuzione viene utilizzata sulla scorta di espressioni utilizzate dal legislatore<sup>57</sup>, ma potrebbe risultare particolarmente fuorviante dal momento che la colpa non è un elemento della realtà materiale, ma piuttosto la qualifica normativa di una condotta in contrasto con una regola cautelare. Sul punto, è d'uopo segnalare diverse posizioni della dottrina circa il rapporto tra la causalità vera e propria e la "causalità della colpa". Alcuni autori ritengono, in particolare, che per le condotte omissive<sup>58</sup> il *primo* nesso (quello sulla concretizzazione del rischio) resti assorbito nella verifica della causalità materiale reale, cioè nell'accertamento dell'evento pregiudizievole che si è verificato mentre l'agente non è intervenuto<sup>59</sup>, mentre altri ritengono che, sempre nelle ipotesi omissive, sia il *secondo* nesso (che accerta l'evitabilità dell'evento) a restare assorbito nella causalità<sup>60</sup>.

Scegliamo di concentrarci, essenzialmente sul secondo nesso tra la colpa e l'evento, che – ci pare – svela in modo particolarmente pregnante le problematiche dell'imputazione colposa.

Per comprendere le difficoltà inerenti a questo problema in un contesto relazionale, dobbiamo altresì ricostruire le asperità che esso presenta in un contesto monosoggettivo.

---

<sup>55</sup> Ad es., D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa*, cit., nota 116.

<sup>56</sup> Ad es., F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1283, 1688, 1691.

<sup>57</sup> Ad esempio, art. 43 c.p. (l'evento del delitto colposo deve verificarsi "a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline"); art. 589 c.p. ("chiunque cagiona per colpa la morte di una persona"); art. 590 c.p. ("chiunque cagiona ad altri per colpa una lesione personale"); art. 449 c.p. ("chiunque cagiona un disastro").

<sup>58</sup> Sulle particolarità del nesso causale nei reati omissivi, le cui caratteristiche vengono ritenute confondibili ora con uno, ora con l'altro nesso causale, di rinvia a quanto esposto nel II capitolo, § 3.4.

<sup>59</sup> P. VENEZIANI, *Causalità della colpa*, cit., p. 1226.

<sup>60</sup> F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corriere del Merito*, 2006, n. 8-9, p. 961. Più diffusamente, cfr. Capitolo II, par. 3.4.3.

Un dubbio che accompagna irrinunciabilmente il secondo nesso tra la colpa e l'evento concerne la probabilità di evitare l'evento che il comportamento alternativo lecito dovrebbe possedere perché possa essere ritenuta la sussistenza di questo collegamento tra colpa ed evento. Se, infatti, non risultano problematiche le ipotesi in cui il comportamento alternativo lecito sarebbe stato certamente efficace, o certamente inefficace; i dubbi sorgono piuttosto per la probabile efficacia.

Il punto fermo su cui tutti gli studiosi concordano è la necessità di costruire un meccanismo dell'imputazione dell'evento che eviti le incursioni nell'insidioso (e incostituzionale) terreno della responsabilità oggettiva: a fronte di situazioni normative assai complesse, dove una serie di regole cautelari di fonte legislativa e sub-legislativa si intersecano tra loro, l'interprete potrebbe essere indotto a considerare l'agente in colpa anche quando l'evento non sia conseguenza della sua azione od omissione<sup>61</sup>.

Il problema è allora comprendere quali siano le alternative per definire in concreto questo meccanismo di imputazione, cioè (rispetto al secondo nesso), le possibilità di interpretazione dell'evitabilità dell'evento.

Per quanto concerne le condotte attive, una prima linea interpretativa afferma una sostanziale identità strutturale tra la causalità della condotta e la causalità della colpa, con la conseguenza che, anche per l'accertamento del secondo nesso, non potrebbero essere utilizzati criteri diversi da quello della probabilità logica: *"quando la condotta naturalistica tenuta da un certo soggetto coincide con la violazione di una regola di diligenza, il livello di probabilità logica della efficacia causale, rispetto all'evento verificatosi, di tale violazione si identifica con il livello di probabilità logica della efficacia causale relativa alla condotta. E nessuno discute che quel livello debba attestarsi, in sede di accertamento, su valori contigui al 100%"*<sup>62</sup>; addirittura, secondo tale posizione, la conclusione ora esposta,

---

<sup>61</sup> Tale necessità è espressa naturalmente anche dagli studiosi che optano per una costruzione sostanzialmente unitaria della causalità e della causalità della colpa: cfr. F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1393.

<sup>62</sup> L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1066. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, *passim*.



formulata in relazione alla causalità attiva, dev'essere trasportata anche a quella omissiva. Viceversa, le teorie che propugnano la logica dell'aumento o della diminuzione del rischio, abbassano al minimo la soglia di evitabilità necessaria.

La dottrina che ha ricercato una soluzione intermedia ha criticato la prima tesi, qualificandola come utopistica e paradossale, poiché significherebbe riporre nel paradigma scientifico-naturalistico una fiducia davvero eccessiva, specialmente alla luce delle numerose incertezze cognitive che caratterizzano oggi il progresso scientifico<sup>63</sup>. Viceversa, pur sottolineando la sovrapponibilità tra gli accertamenti della causalità della condotta e la causalità della colpa, non vi sarebbe ragione di dissolvere un criterio di imputazione normativo: il dato empirico della causalità della condotta può infatti essere affiancato da una valutazione che tenga conto di una tutela dei beni giuridici proporzionata e ragionevole. Nondimeno, anche la seconda soluzione sembra disegnare un'area di impunità troppo elevata, e richiedere la prova di una (quasi-)certezza che, su un elemento ipotetico come il comportamento alternativo lecito, sembra davvero difficile conquistare. Si deve ricordare, peraltro, che in tali casi, la causalità della condotta – in conformità con il modello proposto dalle Sezioni Unite *Franzese* – è già stato accertato secondo il criterio della probabilità logica (dunque sulla base di un coefficiente statistico potenzialmente anche molto lontano dal 100%, e sulla base di un procedimento logico indiziario per l'esclusione dell'intervento dei fattori alternativi), e che, in aggiunta, sono state accertate la violazione di una norma cautelare e la verifica del rischio astratto nella concretezza dell'evento effettivamente cagionato. Affermare, dunque, l'esclusione del secondo nesso (quello dell'evitabilità) “semplicemente” perché non vi è la prova che il comportamento alternativo avrebbe sicuramente impedito l'evento pare eccessivo. Una logica tanto “radicale” sarebbe poi di difficilissima applicazione (nel senso che imporrebbe quasi sempre l'assoluzione dell'imputato) a quelle fattispecie a forma libera, dove la norma cautelare non ha lo scopo precipuo di neutralizzare il rischio per il bene giuridico protetto, bensì, esclusivamente, di contenerlo o diminuirlo (c.d. regola cautelari “improprie”). Allo stesso tempo, questa soluzione lascia impregiudicata la possibilità di *escludere* il secondo

---

<sup>63</sup> M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 132 ss.

nesso tra la colpa e l'evento laddove si manifesti il c.d. "fallimento in concreto" della regola cautelare.

Diversa – e di più complessa ricostruzione – è la soluzione per i reati omissivi impropri<sup>64</sup>. In questi casi, infatti, lo stesso accertamento del nesso eziologico si fonda sulla ricostruzione di una serie causale reale a cui va contrapposta l'ipotetica ricostruzione dell'efficacia della condotta doverosa omessa. Il nesso soggettivo assume quindi un'importanza notevole: *"per rispettare la legalità, occorre che ci sia un legame normativo forte tra condotta colposa omissiva e evento colposo. In questa prospettiva, infatti, manca per definizione un qualsivoglia nesso naturalistico che "leghi" la condotta del garante all'evento hic et nunc"*<sup>65</sup>.

Così, *"sembra che l'equivalente normativo della causalità – ovvero il secondo nesso tra colpa ed evento – sia direttamente ricollegabile al grado di efficacia della regola cautelare inosservata"*<sup>66</sup>. Se, infatti, la regola cautelare è "propria", cioè impone all'agente la neutralizzazione del rischio che vengano prodotte conseguenze lesive, sarà necessario un coefficiente molto alto di evitabilità per poter imputare quell'evento al soggetto: un forte nesso normativo sarebbe, infatti, necessario per compensare la natura "ipotetica" della causalità omissiva.

---

<sup>64</sup> Sulla necessità di distinguere, anche rispetto ai nessi tra la colpa e l'evento, l'azione e l'omissione, cfr., ad es., F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993, pp. 410 ss.

<sup>65</sup> P. VENEZIANI, *Causalità della colpa*, cit., p. 1235. Secondo altri autori, un'ulteriore giustificazione del minore grado di "evitabilità" necessario per l'imputazione nelle fattispecie omissive sarebbe questo: l'agente in una fattispecie commissiva ha la possibilità di una soluzione efficace per evitare l'evento, cioè quella di non intraprendere quell'attività imprudente; al contrario, chi realizza un reato omissivo improprio avrebbe dovuto in ogni caso agire, ma in modo differente (D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione della colpa*, cit., pp. 23 ss.). Quest'ultima argomentazione, tuttavia, non ci sembra decisiva: ci pare, infatti, che in tutta una serie di attività, *in primis* i contesti lavorativi, anche l'agente delle fattispecie commissive abbia un ben limitato spazio di libertà, e non possa, di fatto, rifiutarsi di intraprendere quell'attività rischiosa, se non ad un altissimo costo personale (per esempio, conseguenza disciplinari sul rapporto di lavoro, o persino il licenziamento).

<sup>66</sup> P. VENEZIANI, *Causalità della colpa*, cit., p. 1235.

Ma il vero problema si pone a fronte delle regole cautelari “improprie”, che impongono (“semplicemente”) la riduzione del rischio, per esempio in caso di trattamento di patologie particolarmente rare e dal decorso incerto. Secondo una parte della dottrina, se non è possibile affermare che l’azione doverosa avrebbe effettivamente impedito l’evento, né che sarebbe stata del tutto inutile, è in ogni caso possibile un rimprovero a titolo di colpa dell’imputato, dal momento che la sua condotta alternativa avrebbe in ogni caso fornito una *chance* per evitare l’evento. Ovviamente, invece, resterà possibile escludere il nesso laddove si dimostri *ex post* che la regola cautelare non era in concreto del tutto inutile<sup>67</sup>.

Questa idea è stata aspramente criticata dagli autori che ritengono che la stessa darebbe ingresso nel nostro ordinamento ad un’illecita logica secondo cui, per l’imputazione è sufficiente l’aumento o a diminuzione del rischio di verificazione di un evento<sup>68</sup>. Sarebbe pertanto necessaria, anche per i reati omissivi impropri con regola cautelare “impropria” un alto coefficiente di evitabilità.

La tesi criticata correla questa proposta ricostruttiva ad un’interpretazione dell’art. 40, comma 2 c.p. secondo la quale la norma, oltre ad un obbligo giuridico e ad un’efficacia causale dell’omissione, *non* richiede “che il soggetto gravato dell’obbligo giuridico impeditivo potesse di fatto impedire l’evento”<sup>69</sup>. Da parte nostra – come si ricorderà – abbiamo invece sostenuto la tesi contraria, secondo cui l’obbligo giuridico di impedire non può essere manchevole di una stretta correlazione con i poteri di impedire; differentemente, si tratterà di un obbligo di attivarsi o di segnalare, che non implica l’imputazione dell’evento non impedito.

Eppure, non possiamo negare che la stessa tesi presenta un punto di vista interessante proprio perché correla inestricabilmente un minor “coefficiente di evitabilità” alla formulazione di regole cautelari improprie. Riconosciamo che, a fronte dell’imposizione di uno *standard* normativo che non ha lo scopo di evitare, bensì

---

<sup>67</sup> F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva”*, cit., pp. 1707, 1715.

<sup>68</sup> Cfr. P. VENEZIANI, *Causalità della colpa*, cit., p. 1239, e M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell’evento (diritto penale)*, in *Dig. disc. Pen.*, Torino, Utet, 2010, p. 689, n. 160.

<sup>69</sup> F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva”*, cit., p. 1717.

esclusivamente di contenere il rischio, non avrebbe alcun senso pretendere un coefficiente di evitabilità prossimo al 100%. Il problema è allora se tali regole cautelari siano compatibili con un obbligo giuridico di impedire (interpretato “in senso stretto”), oppure no. Saremmo tentati di rispondere negativamente – e siamo convinti che sarebbe la soluzione dogmaticamente più solida e coerente.

Così facendo, tuttavia, rischieremmo di ignorare che moltissime attività umane suggeriscono – al contrario – proprio la costruzione di regole cautelari che possono chiedere ai diversi soggetti coinvolti di controllare lo sviluppo dei rischi, ma non di eliminarli del tutto.

Proprio le difficoltà di addivenire ad una soluzione coerente e certa si esasperano, poi, con quando il secondo nesso di evitabilità tra la colpa e l'evento assume un carattere relazionale: *“laddove, in particolare, ci si spinga a valutare l'efficacia del comportamento alternativo lecito nella prospettiva dell'interazione tra due o più soggetti, il deficit di certezza – già non trascurabile nel contesto monosoggettivo – tende ad aumentare in maniera esponenziale”*<sup>70</sup>. In tutti quei casi, così frequenti nel diritto del lavoro e nella gestione delle attività pericolose, in cui ci sono coinvolti vari soggetti che *nel loro complesso* debbono impedire l'evento, o che *nel loro complesso lo provocano* è particolarmente difficile isolare il singolo comportamento alternativo lecito e valutarne l'efficacia. Il motivo è che un altro soggetto si interpone tra A e l'evento finale, e dunque bisognerà valutare le reazioni comportamentali di B (o di V) alle condotte di A, nonché gli effetti delle condotte combinate. Si tratta, però, di due elementi di natura ipotetica, che si aggiungono ad un quadro già di per sé assai complesso. Si ricordi, inoltre che la verifica dell'influenza del comportamento di un soggetto (A) su un altro (B) non potrà essere effettuata sulla scorta di leggi scientifiche, bensì dovrà affrontare (pur avendo la possibilità di superarle, come abbiamo illustrato nel II capitolo) le incertezze legate all'uso delle massime di esperienza che descrivono i comportamenti umani e l'influenza degli uni sugli altri.

Altra incognita è, ovviamente, il comportamento di B (o di V). Sul piano ipotetico in cui A abbia agito in modo conforme alla regola cautelare, quale comportamento di B

---

<sup>70</sup> P. VENEZIANI, *Causalità della colpa*, cit., p. 1241.

(o di V) dovremo rappresentarci per verificare il nesso tra la condotta di A e l'evento finale? La logica suggerirebbe, inevitabilmente, il riferimento all'agente modello, dunque bisognerebbe ipotizzare che B (o V) si comporti in modo assolutamente aderente alla regola cautelare di cui è destinatario. Eppure, è ovvio che in questo modo si introduce un ulteriore elemento ipotetico, che rischia di affievolire ulteriormente l'imputazione dell'evento finale ad A. L'alternativa è, invece, quella di fare riferimento alle concrete condizioni oggettive in cui B (o V) hanno agito o omesso di agire; in altre parole, nella verifica dell'efficacia del comportamento alternativo lecito di A, si dovrebbe immaginare che B (o V) si comporti esattamente come si è comportato; tale ricostruzione, però, anche se funzionale ad una più accurata verifica dell'efficacia della condotta di A, rischia di contrastare con il carattere dogmatico-strutturale della verifica del nesso tra la colpa e l'evento che, pur riferito all'evento in concreto, ha pur sempre un valore di ricostruzione ipotetica.

Una diversa prospettiva, per poter verificare l'imputazione normativa di un evento ad una condotta, è la teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento<sup>71</sup>.

Suo fondamento essenziale è l'idea che un evento non possa essere considerato risultato di una condotta (attiva od omissiva) se questa non abbia creato un pericolo giuridicamente riprovato e se tale pericolo si sia poi concretizzato nella produzione dell'evento concreto. Se uno di questi due elementi manca, ciò che viene meno non è la causalità della condotta, né il carattere colposo della stessa (poiché l'agente ben potrebbe avere trasgredito una norma cautelare che aveva il dovere di rispettare). Viene meno, invece, il nesso di rischio. Questo elemento – secondo la teoria in esame – non entra nell'ambito della colpevolezza, ma ha un carattere oggettivo, poiché l'evento, pur causato materialmente, non può essere attribuito all'agente che ha tenuto la condotta riprovevole.

Il nesso di rischio può venire meno se il rischio generato o non impedito dall'agente è riconducibile ad un'area di rischio consentito dall'ordinamento, dunque

---

<sup>71</sup> Per questa ricostruzione, cfr. M. ROMANO, Sub Art. 41, in *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2004, vol. I, pp. 404 ss., e M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva*, cit., *passim*. Si vedano anche le considerazioni già svolte *sub* Capitolo II, par. 2.1.2.

non è un rischio giuridicamente riprovato, ma anzi è tollerato dall'ordinamento che, per favorire alcune attività pericolose, consente che i consociati fronteggino determinati pericoli.

Inoltre, il nesso di rischio può venire meno se le concrete modalità di realizzazione del pericolo non siano lo sviluppo di quel pericolo creato o non ostacolato dall'agente.

La dottrina tedesca ha a lungo dibattuto sul significato di questi nessi, sulle mille differenti situazioni che possono venire a determinarsi in un contesto relazionale. Gli Autori italiani hanno, dal canto loro, innanzitutto discusso sulla possibilità di accogliere almeno in parte le conclusioni d'oltralpe nel nostro ordinamento, sulla sovrapponibilità della teoria dell'imputazione obiettiva ai più "classici" nessi tra la colpa e l'evento, sull'utilità di adottare le riflessioni della teoria. Non è questa la sede per esplorare un dibattito che va ben oltre il tema che stiamo trattando.

Quello che ci preme sottolineare è, invece, che la teoria dell'imputazione obiettiva risponde sì a logiche strutturali e dogmatiche differenti da quelle della c.d. causalità della colpa, ma è funzionale ad un analogo scopo di selezione delle condotte punibili e di definizione degli spazi di libertà per i consociati.

Essa esprime, infatti, il principio della responsabilità per fatto proprio, collegato, ma distinto dal principio della responsabilità per fatto proprio colpevole: è certamente vero che nessuno può rispondere per responsabilità oggettiva, ma è altrettanto vero che nessun soggetto può essere chiamato a rispondere per un fatto che, pure innescato dalla sua condotta, non gli è attribuibile, non è proprio, perché non rientra in quell'ambito di rischio che definisce la sua responsabilità. La teoria si propone, in altre parole, di individuare un criterio di "competenza del rischio": *"nella colpa, infatti, non è solo la 'colpevolezza personale' che risulta soggettivizzabile, ma la stessa 'competenza' per i rischi, in quanto ad alcuni soggetti si possono imputare più rischi (ed esigere da essi più cautele) che ad altri. Per questo motivo nella colpa si deve fare riferimento a un modello di agente soggettivizzato ed individualizzabile, mentre il rischio consentito riguarda il miglior agente modello, dotato delle migliori conoscenze di fatto (la base del giudizio) e delle migliori conoscenze nomologiche (il metro del giudizio)"*<sup>72</sup>. Definire quali sono i rischi di cui un determinato soggetto deve

---

<sup>72</sup> M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva*, cit., p. 647.

rispondere significa stabilire, *a contrario*, quali sono le attività che un soggetto può svolgere senza la “spada di Damocle” del rischio di un’imputazione colposa. In un contesto relazionale significa, al contempo, proporre nuove tecniche di analisi per affrontare il “ginepraio” delle condotte umane che si sovrappongono e si intersecano le une con le altre.

Come abbiamo cercato di illustrare, il carattere relazionale della colpa genera o esaspera problematiche assai complesse della struttura della responsabilità colposa. Su questi temi – inutile nascondere – il dibattito è aperto; e forse, la ricerca di una soluzione non può essere caratterizzata da eccessiva unitarietà dogmatica.

#### **4. In conclusione: la necessità di un equilibrio differenziato**

Nel corso della nostra analisi, è emerso che la natura relazionale della colpa è un carattere eventuale della fattispecie colposa, ma non estraneo alla sua struttura, che emerge, a fronte dell’attribuzione di responsabilità a contesti plurisoggettivi; il carattere relazionale si esplicita dunque in alcune regole di diligenza che impongono di tenere conto del fatto altrui, di prevenirlo, di adottare alcune misure per evitarlo; ma anche nei fattori di limitazione della responsabilità di A, strumenti di controllo delle potenziali imputazioni a suo carico in relazione a quanto materialmente commesso da B (o da V): su tutti, il principio di affidamento e la sussistenza del secondo nesso tra la colpa e l’evento.

Ci pare, dunque, irrinunciabile l’attenta applicazione delle note relazionali, dettate dal legislatore e interpretate dalla dottrina. D’altra parte, le difficoltà tecniche non aiutano a comprendere quali siano, in concreto, i metri di giudizio per verificare l’operatività del principio di affidamento o l’imputazione dell’evento. Così, la prassi rischia di eludere la verifica di questi elementi, con il concreto rischio di un’espansione

indiscriminata della responsabilità (di A), sulla scorta dell'interazione *de facto* con B o V, ovvero di una regola cautelare "relazionale".

Questi orientamenti della prassi sono però anche espressione della volontà di estendere la tutela che gli strumenti penalistici contribuiscono ad apportare per proteggere le potenziali vittime. Non è infatti un caso che proprio il diritto penale del lavoro, la responsabilità medica e le attività produttive segnate da un elevato livello di rischio siano i campi dove questa tendenza si esprime in modo più significativo, poiché sono tre esempi di attività dove frequentemente le potenziali vittime sono esposte a rischi significativi e, di conseguenza, dove è necessario dispiegare una rete di prevenzione. La trama delle garanzie viene poi rafforzata con la comminazione di sanzioni e le imputazioni rivolte non solo a coloro cui è immediatamente riconducibile la lesione, ma anche a coloro che rispondono in modo più sfumato, indiretto, in dipendenza dal fatto commesso da altri.

Queste tendenze sono certamente criticabili qualora si ravvisi che sono formulate essenzialmente come una risposta alla domanda di punizione da parte della società, che, spesso di fronte ad un evento tragico, chiede insistentemente che il colpevole – un qualsiasi colpevole – sia punito presto e severamente. Tuttavia, il fondamento ultimo di ogni ipotesi di responsabilità colposa in dipendenza ad un fatto commesso da altri è lo stesso principio solidaristico, scolpito dall'art. 2 della nostra Costituzione, che impone all'ordinamento di proteggere determinati beni giuridici in modo particolarmente efficace. Abbiamo osservato, indagando i caratteri del reato omissivo improprio, che è questa la *ratio* alla base della formulazione degli obblighi di impedimento. La stessa logica fonda proprio quelle regole di diligenza che abbiamo chiamato "relazionali", le quali impongono di tener conto, di prevedere, di prevenire il comportamento altrui.

Di più, l'esigenza di protezione dei beni giuridici giustifica l'attribuzione della responsabilità ad un soggetto A, anche a fronte di un comportamento doloso di B, proprio perché l'ordinamento immagina una rete di protezione dalle aggressioni dolose di un soggetto alla propria o all'altrui sfera giuridica. Riferendoci agli esempi presentati all'inizio di questo lavoro, nel caso I A dovrebbe selezionare con maggiore accuratezza il pilota di aerei B, che dolosamente compie una strage; nel caso II, alla guardia giurata A che presta servizio all'ingresso del tribunale è assegnato quell'incarico proprio per evitare



che squilibrati come B introducano un arma nel palazzo di giustizia e aprano il fuoco; nel caso VI, A è lo psicologo che, in virtù dell'incarico ricevuto dal Tribunale per i minorenni, dovrebbe sorvegliare B nell'esercizio della sua potestà genitoriale, e impedirgli di prendere decisioni che mettano in pericolo la vita del figlio malato di tumore, rifiutando le cure. Naturalmente, la stessa logica di prevenzione di un comportamento volontario si applica ai casi di comportamenti autolesivi di V: nel caso IX, A è l'amministratore delegato che non avrebbe dovuto scegliere V, soggetto affetto da depressione, per il trasporto di una sostanza pericolosa come l'acido cloridrico, con la quale V si provoca delle ustioni; nel caso X, lo psichiatra A avrebbe dovuto prendersi maggior cura del detenuto V che si suicida in carcere; nel caso XIV, la madre A, sconvolta dal dolore per la morte del marito, non cura adeguatamente la figlia V che, già incline ad un preoccupante dimagrimento, sviluppa una gravissima forma di anoressia che la conduce alla morte.

È però altrettanto ovvio che le limitazioni della responsabilità in dipendenza da un fatto altrui hanno giustificazioni di principio non meno importanti. Innanzitutto, tutti i meccanismi di controllo della colpa riposano sul principio della personalità della responsabilità penale, ma entrano in considerazione anche le esigenze di certezza del diritto, di tipicità della norma penale, di rispetto del canone di legalità. Non sono però soltanto i principi fondamentali dell'ordinamento penale a fondare le limitazioni della responsabilità in relazione ad un fatto altrui. Devono essere altresì considerati alcuni meccanismi di funzionamento della società, alcune regole dei traffici giuridici e delle attività produttive. Per fare un esempio paradossale, se il legislatore si proponesse di evitare ogni possibile atto autolesionista dei consociati, dovrebbe semplicemente vietare la vendita non solo di qualsiasi arma, bensì anche di coltelli, oggetti appuntiti, persino autovetture. Scendendo ad un piano più realistico, si pensi ad un diligente datore di lavoro che abbia messo in atto tutte le opportune cautele e si sia impegnato nella selezione e nella formazione degli operai e ad un lavoratore che si provochi una lesione per aver usato un macchinario in modo particolarmente incauto, violando ogni norma specifica di comportamento. Se la risposta dell'ordinamento fosse nel senso di affermare *in ogni caso* la responsabilità di A, questi si troverebbe di fronte alla triste alternativa tra

rinunciare alla propria attività imprenditoriale, ovvero proseguirla, assumendosi tuttavia il rischio di incorrere in una condanna in dipendenza del fatto autolesionista di V.

Vi è poi un ulteriore ordine di limiti alla responsabilità di alcuni soggetti in dipendenza del fatto commesso da altri, in particolare dalla vittima: il soggetto A molto spesso è un privato o, anche se è investito delle funzioni di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, non sempre ha la possibilità giuridica di utilizzare una forza coattiva che impedisca *materialmente* alla vittima di tenere il comportamento autolesivo: si pensi, per esempio, alla guida alpina che tenta di dissuadere l'alpinista inesperto dall'avventurarsi su un versante particolarmente impervio; se, nonostante tutti gli avvertimenti, l'alpinista V decide di intraprendere in ogni caso la scalata, la guida (A) non può materialmente impedirgli di mettere a repentaglio la sua vita; al più, potrebbe decidere di non accompagnarlo per non essere coinvolto in quella che ritiene un'impresa certamente fallimentare, ottenendo però in questo modo il risultato paradossale di esporre l'alpinista ad un rischio ancora maggiore. Il medico A – salve esigenze di tutela della salute pubblica – non può in alcun modo imporre un particolare trattamento al paziente V se questi lo rifiuta apertamente.

Le esigenze di contenimento della responsabilità in dipendenza di un fatto altrui sembrano pertanto insopprimibili, tanto quanto le istanze che giustificano questa stessa forma di responsabilità. Nessuna soluzione potrà scegliere di privilegiare uno solo di questi due estremi: come non si può immaginare un ordinamento in cui sono presenti ipotesi di responsabilità illimitata in relazione ai comportamenti auto- ed eterolesivi altrui, neppure è possibile che la regola di diligenza relazionale venga tanto ristretta da restare, in concreto, priva di applicazione.

Tuttavia, si tratta di un'operazione più difficile di quanto potrebbe sembrare. Gli strumenti che, nell'ambito della colpa, costituiscono un fattore di limitazione della responsabilità di A in dipendenza dal comportamento di B (o V) sono infatti generici o – per meglio dire – trasversali. Devono cioè essere applicati nella verifica della responsabilità per ogni condotta colposa, quale che sia la regola di diligenza che viene in concreto in considerazione, senza alcuna differenziazione rispetto alla tipologia di attività umana cui si riferisce.

Nella nostra opinione, tuttavia, è illusorio pensare di raggiungere un equilibrio tra l'affermazione di una regola di diligenza relazionale e i criteri di limitazione di questa forma di responsabilità che risulti valido per ogni condotta umana, per ogni attività, per ogni situazione sociale; piuttosto, devono essere ricercati molteplici equilibri, differenziati a seconda delle particolarità della singola attività umana, del suo rilievo sociale, delle caratteristiche oggettive e soggettive dei destinatari delle cautele.

Riprendiamo alcuni degli esempi con cui abbiamo aperto questo lavoro per spiegare meglio le nostre affermazioni.

Nel caso I, A è il direttore del personale di una compagnia aerea che, incurante delle perplessità espresse da un medico, decide di assumere B, un pilota che l'anno precedente ha dovuto abbandonare il suo lavoro per un ricovero in una clinica psichiatrica; durante un volo, B fa schiantare il velivolo su una cittadina. Nel caso IX A è il produttore di acido cloridrico che sceglie il vettore V il quale commetterà poi un tragico atto autolesionista cospargendosi il corpo con la sostanza. In questi casi l'attività intrapresa presenta un elevato grado di pericolosità intrinseca, e le scelte compiute da A sono determinanti nella prevenzione di esiti infausti. Non è difficile immaginare che in questo caso la regola di diligenza che grava su A gli imporrà di prevedere i comportamenti che ragionevolmente devono attendersi da B (o V), e pertanto, la responsabilità di A in dipendenza dal fatto del secondo soggetto sarà piuttosto estesa: l'ordinamento si sforza, infatti, di individuare A come un garante della condotta di chi, materialmente, può causare una lesione assai rilevante.

Meno estesa sarà invece la responsabilità di A in relazione al fatto del tutto imprevedibile commesso da V. Pensiamo, ad esempio, al caso XI, in cui V è una ragazza particolarmente ingenua che aziona il *phon* mentre è immersa nella vasca da bagno e resta fulminata: si può sostenere che il produttore di un asciugacapelli non sia tenuto a ripetere nelle istruzioni di sicurezza del prodotto alcune elementari norme di condotta, che anche l'utente più distratto dovrebbe conoscere.

Questa valutazione cambierebbe, tuttavia, se il prodotto in commercio richiedesse operazioni di montaggio particolarmente complicate, realizzando le quali l'utente inesperto potrebbe farsi male: in questo caso, A sarebbe tenuto a fornire dettagliate istruzioni in un linguaggio e con uno strumento accessibile al pubblico generalista, e

quindi all'utente medio, e allegarle in forma cartacea al prodotto, senza rinviare ad una pagina *web* che potrebbe non essere facilmente accessibile dall'utente. Il grado di esperienza dell'utente è quindi un altro dei fattori che possono mutare l'equilibrio tra le contrapposte istanze della protezione dei beni giuridici altrui e la limitazione della responsabilità in dipendenza dal fatto di altri.

Ulteriori elementi di cui tenere conto sono le condizioni delle potenziali vittime dell'attività: il soggetto V può infatti essere "debole" in virtù di particolari condizioni oggettive e soggettive (si pensi al bimbo inesperto nel maneggiare la sparapunti dell'undicesimo sottogruppo, o al carcerato in isolamento che più facilmente rischia di cadere in depressione del caso X): la regola di diligenza che impone ad A di preoccuparsi dei comportamenti dell'altro soggetto si espande proprio perché quest'ultimo è meno abile a tutelare se stesso (o a prevenire che altri siano lesi dai propri comportamenti).

Per quanto concerne il rilievo sociale dell'attività, si pensi al caso III, in cui A sfida B ad una gara di velocità clandestina: è vero che egli avrebbe dovuto rappresentarsi il possibile esito dell'investimento di un pedone da parte di B; tuttavia, egli è tenuto a preoccuparsi delle conseguenze del comportamento di B in misura più ristretta rispetto a quanto dovrà fare l'amministratore delegato che nomina quale responsabile del servizio di prevenzione e protezione della salute dei lavoratori (RSPP) un individuo senza scrupoli, che già in passato ha suggerito di ripianare il bilancio dell'azienda tagliando gli investimenti sulla sicurezza (esempio del quinto sottogruppo). Nel secondo caso, infatti, la qualifica di B e l'importanza dell'attività che egli dovrebbe svolgere implicano un coefficiente di pericolosità assai più elevato e una ricaduta potenziale sull'incolumità e sulla vita di un numero molto più alto di persone, cioè tutti i lavoratori dell'azienda.

Ci sembra che le esemplificazioni qui richiamate confermino le molteplici difficoltà di identificare un equilibrio unitario tra la fondazione e la limitazione della colpa "relazionale". Gli strumenti di controllo quali i nessi tra la colpa e l'evento e il principio di affidamento sono espressione di istanze di razionalizzazione della responsabilità in dipendenza di un fatto altrui che devono necessariamente variare a seconda del grado di tutela richiesto dalle singole situazioni; i fattori cui abbiamo ora accennato (la pericolosità dell'attività, il suo rilievo sociale, le condizioni di debolezza

dei soggetti protetti e la loro esperienza) determinano tutte un'esigenza più o meno spiccata di prevenzione.

Dimostrato che la colpa penale può a tutti gli effetti avere un carattere relazionale, ci vogliamo allora spingere ad affermare che, per così dire, non deve esistere “la” regola di diligenza relazionale, ma esistono piuttosto “le” regole di diligenza relazionali.

Naturalmente, il problema immediatamente conseguente è comprendere quale sia il soggetto deputato ad individuare le regole di diligenza adeguate alle varie situazioni. Se è vero, infatti, che strumenti di controllo generali (quali appunto la causalità della colpa e il principio di affidamento) non riescono a svolgere una selezione del fascio di doveri differenziata per i vari campi in cui ciò è necessario, l'ambito in cui il legislatore è chiamato ad intervenire è invece quello della fondazione delle regole di diligenza, della precisa statuizione degli obblighi di garanzia, di controllo, di vigilanza. Uno sguardo realistico sulla qualità della nostra legislazione dimostra come spesso il legislatore ordinario non sia in grado di operare efficacemente questa differenziazione o, quando si adopera in tal senso, sia spesso influenzato dalle istanze di criminalizzazione della società, giungendo all'approvazione di quella che viene spesso definita “legislazione emergenziale”.

Uno strumento complementare agli sforzi del legislatore ordinario – che, in ogni caso, non ci sembrano sostituibili – è quello della formulazione di linee guida, protocolli e altri documenti che illustrano le diverse *leges artis* specifiche per ogni settore di attività. Numerosi esempi di questa tecnica di “legislazione atipica” provengono dal campo della responsabilità sanitaria, e si dimostrano fecondi per l'individuazione del comportamento *tendenzialmente* appropriato che dovrebbe tenere l'agente. Il vantaggio di ricorrere a questa tecnica di tipizzazione è quello di potere formulare normative assai precise e differenziate, rivolte agli specialisti di ogni singolo settore, e pertanto formulate con un appropriato linguaggio tecnico.

Tuttavia, siamo persuasi che gli sforzi del legislatore tipico e atipico non possano in alcun modo esaurire la ricerca delle appropriate regole di diligenza relazionale *applicabili a tutti i casi concreti*. Non solo le leggi speciali non potranno essere formulate con il necessario livello di dettaglio, ma persino le linee guida non dovranno essere considerate vincolanti senza eccezione, dal momento che la situazione concreta potrebbe

richiedere un comportamento difforme da queste, ma pur sempre efficace per la prevenzione del risultato lesivo.

È quindi compito insostituibile degli interpreti e della giurisprudenza la ricerca del compromesso tra le opposte istanze di fondazione e di limitazione delle regole di diligenza relazionali. Soltanto attraverso il continuo confronto tra i principi dell'ordinamento, le leggi e la legislazione atipica, da un lato, e la multiforme realtà fattuale, dall'altro, l'interprete potrà impegnarsi in una ricerca della misura corretta di questa diligenza. Teniamo a sottolineare che questo compito, certamente faticoso, è nondimeno imprescindibile, ma, soprattutto, concretamente realizzabile. A chi obietta che in tal modo si lascerebbe un'eccessiva libertà al formante giurisprudenziale rispondiamo che si tratta di uno "spazio di manovra" non diverso da quello richiesto dall'interpretazione e dall'applicazione di qualsiasi altra norma penale.

D'altra parte, lo studio degli elementi relazionali all'interno della struttura del reato ha come suo scopo primario esattamente quello di mettere l'interprete in grado di comprendere quale sia l'esatto significato di quello strumento di fondazione o di controllo della responsabilità di A in dipendenza dal fatto di B o di V. Consapevole del significato relazionale dei vari istituti, l'interprete potrà allora utilizzarli a ragion veduta e, verificato il grado di diligenza relazionale che la singola normativa richiede, giungere, infine, ad una corretta parametrizzazione della responsabilità di A, che risponda alle esigenze di prevenzione e tutela dell'ordinamento, senza però violare i cardini della legalità e della personalità della responsabilità

## Capitolo IV

# Le note relazionali nella plurisoggettività colposa: la cooperazione colposa e il concorso colposo nel reato doloso

SOMMARIO – 1. Due note relazionali segnate da grandi incertezze – 2. La cooperazione colposa – 2.1 la genesi storica, il significato del termine “cooperazione” e i rapporti con l’art. 110 c.p. – 2.2. Quale contributo di A? – 2.2.1. Il significato del termine “evento” nell’art. 113 c.p. – 2.2.2. Il contributo causale di A – 2.2.3. L’elemento soggettivo: il cuore del problema – 2.3. La distinzione tra la cooperazione colposa e il concorso di cause indipendenti – 2.4. Il punto di fuga dei problemi della cooperazione colposa: funzione incriminatrice o funzione di disciplina? – 2.4.1. La tesi della mera funzione di disciplina – 2.4.2. La tesi della limitata funzione incriminatrice per i delitti colposi di evento a forma vincolata, di mera condotta e propri – 2.4.3. Una funzione incriminatrice anche per i delitti colposi causalmente orientati? – 2.5. Una figura troppo problematica, una figura sopravvalutata – 3. Il concorso colposo nel reato doloso – 4. L’omesso impedimento colposo del reato altrui e i rapporti con le fattispecie plurisoggettive colpose – 4.1. Prima tesi: l’inammissibile interferenza sul piano dell’incriminazione tra l’art. 40, comma 2 e le forme di manifestazione plurisoggettiva colposa – 4.1.1. L’inammissibilità dell’equivalenza tra il termine “evento” dell’art. 40, comma 2 c.p. e il fatto illecito altrui – 4.1.2. Le conseguenze: l’art. 113 c.p. non può estendere l’area delle condotte penalmente rilevanti ex art. 40, comma 2 c.p. Residualità della funzione di disciplina. L’ammissibilità di una “combinazione” tra le due forme di manifestazione – 4.2. Seconda e terza tesi: l’indipendenza dell’art. 40, comma 2 dalle forme di manifestazione plurisoggettiva colposa – 4.2.1. L’equivalenza tra il concetto di “evento” di cui all’art. 40, comma 2. e quello di fatto illecito altrui – 4.2.2. Seconda tesi: l’art. 40, comma 2 integra di per sé una forma concorsuale di responsabilità – 4.2.3. Terza tesi: l’art. 40, comma 2 come fonte di responsabilità non concorsuale

## 1. Due note relazionali segnate da grandi incertezze

Siamo così giunti all'ultima parte della nostra analisi, in cui intendiamo occuparci delle note relazionali che emergono negli strumenti di imputazione (o, se si preferisce, delle forme di manifestazione) segnati dalla plurioggettività. Ricordando la delimitazione del campo di indagine alle sole condotte colpose di A, gli istituti che nell'ambito del "concorso di persone" (inteso in senso lato) dobbiamo prendere in esame non possono che essere due: la cooperazione colposa e il concorso colposo nel reato doloso, a seconda che il secondo soggetto B tenga anch'egli una condotta colposa ovvero una condotta dolosa. Dedicheremo poi un ultimo paragrafo ai contributi omissivi colposi di A in concorso con la condotta attiva di B, per le particolarità di queste situazioni, esplorandone la relazione con la cooperazione colposa e il concorso colposo in reato doloso.

Come pure abbiamo avuto modo di chiarire nel capitolo introduttivo, quest'ultimo tratto della nostra indagine non può che escludere tutti i casi in cui uno dei soggetti che materialmente causano la lesione al bene giuridico sia egli stesso titolare di quell'interesse, o, in caso di bene collettivo, sia tra coloro in concreto attinti dalle conseguenze pregiudizievoli della lesione. A fronte del comportamento autolesivo di V non potrà essere mosso contro di lui alcun rimprovero penale, e pertanto non sarà possibile riunire A e V sotto il vincolo dell'imputazione plurioggettiva. Un'ipotesi-limite è quella in cui il secondo soggetto tenga contestualmente una condotta etero e autolesiva, ma ciò determinerà semplicemente la sovrapposizione dei due paradigmi, e quindi ad A potranno essere mosse diverse imputazioni, alcune esclusivamente monoggettive (in rapporto alle condotte autolesive di V), altre plurioggettive (in rapporto alle condotte eterolesive).

Lo scopo di quest'ultima parte della nostra indagine è, in primo luogo, mettere in evidenza gli incerti tratti dogmatici tanto della cooperazione colposa, quanto del concorso colposo in reato doloso. Si tratta, infatti, di due istituti "senza pace", intorno ai quali la dottrina ha elaborato varie teorie nel corso del tempo, giungendo fino alla completa negazione ora della solidità strutturale - e quindi dell'ammissibilità dogmatica



di tali figure – ora della loro efficacia – e quindi dell’opportunità di formulare un’imputazione incentrata intorno ad esse; anche la giurisprudenza, da parte sua, ha interpretato queste figure con estrema elasticità, giungendo spesso a sfuocarne i confini.

Il quesito cui in definitiva cercheremo di rispondere riguarda proprio un bilanciamento tra la solidità dogmatica di queste figure e la loro concreta efficacia: sono utili per qualificare giuridicamente quel rapporto tra i comportamenti di A e di B, e il conseguente rapporto tra le due responsabilità? Oppure si tratta di sovrastrutture che non aggiungono nulla alle singole imputazioni monosoggettive che possono essere elevate a carico di A e di B separatamente, pur se riferite alla medesima vicenda concreta, e non influiscono sul rapporto tra la responsabilità di A e quella di B, poiché i legami tra la prima e la seconda sono già adeguatamente rappresentati dalle note relazionali contenute nel fatto tipico e nella colpevolezza? O, addirittura, si tratta di istituti che rischiano di introdurre una surrettizia estensione dell’area del penalmente rilevante, attribuendo ad A una responsabilità che esiste solo e soltanto in forma plurisoggettiva, ma non trova un equivalente nella forma monosoggettiva? Quali le possibili soluzioni – *de jure condito* e *de jure condendo* – per giungere ad una più certa interpretazione di tali figure?

Si noti l’importanza delle questioni ora delineate ai fini della nostra analisi: le note relazionali che attengono alla plurisoggettività sono in un certo senso il precipitato di tutte le altre, perché esprimono il rapporto tra la responsabilità di A e quella di B in modo molto plastico ed evidente, influenzando sulla stessa misura della tipicità e della colpevolezza. Se, al contrario, non vengono ritenute necessarie, o addirittura confusionarie rispetto all’imputazione monosoggettiva, questo non significherà certo che le condotte di A e B cesseranno di essere interconnesse; la conseguenza sarà esclusivamente quella di non poter ravvisare tra gli istituti penalistici della responsabilità plurisoggettiva colposa un mezzo efficace e dogmaticamente corretto per rappresentare questo legame, il quale andrà quindi espresso con le note di relazionalità già esaminate, concernenti la responsabilità monosoggettiva.

## 2. La cooperazione colposa

Il primo istituto che esaminiamo è la cooperazione colposa. La dottrina si divide su pressoché ogni aspetto dogmatico concernente questo istituto, e anche la giurisprudenza presenta sul tema un panorama assai variegato che comprende – purtroppo – anche casi in cui tale istituto sembra, almeno *prima facie*, essere utilizzato a sproposito, o senza che ne sia adeguatamente valorizzato il significato, quasi a voler ricorrere ad una norma che consenta di individuare ad ogni costo nuovi responsabili di un evento dannoso o pericoloso verificatosi.

Prima di entrare nel vivo dell'analisi, crediamo siano necessarie alcune annotazioni.

Come noto, il legislatore italiano pone, almeno dal punto di vista causale, tutti i concorrenti sul medesimo piano, differenziandoli invece per alcune “circostanze” (intese in senso lato) che attenuano od escludono la responsabilità penale; di conseguenza, la terminologia corretta per ciascuno dei soggetti che prende parte alla realizzazione del reato sarebbe semplicemente “concorrente” o “cooperante”; quando utilizzeremo quest'ultimo termine al plurale (“cooperanti”) o nella locuzione “ciascun cooperante”, ci riferiremo *sia* ad A, *sia* a B. Altre volte, invece chiameremo A “cooperante” (al singolare) e B “autore”, prendendo a prestito una terminologia che riecheggia la tipizzazione dei ruoli concorsuali nell'ordinamento tedesco, per distinguere nettamente i ruoli: l'autore B resta il soggetto cui è immediatamente riconducibile la lesione, mentre il cooperante A è colui che fornisce un contributo morale o materiale alla realizzazione della stessa.

Abbiamo poi utilizzato l'espressione “concorso nel reato colposo”. Siamo consapevoli – e ne daremo conto brevemente *infra* – del dibattito sorto in passato a proposito dell'uso del vocabolo “cooperazione” per l'art. 113, inteso da alcuni come nettamente diverso dal termine “concorrono” di cui all'art. 110. Tuttavia, sulla scorta della dottrina maggioritaria, che considera sinonimi i due concetti, li utilizzeremo indifferentemente (mentre quando useremo il solo sostantivo “concorso” indicheremo prevalentemente quello nel reato doloso). Per quanto riguarda l'utilizzo dell'espressione “fattispecie plurisoggettiva eventuale colposa”, il suo impiego non vuole significare un

rifiuto del paradigma dell'accessorietà, ma semplicemente indicare il complesso degli specifici caratteri oggettivi e soggettivi di questa forma di manifestazione.

Infine, per ragioni di organicità del lavoro, l'analisi giurisprudenziale è stata limitata alle pronunce successive all'anno 2000, operando alcune debite eccezioni in caso di precedenti di grande rilievo.

## **2.1. *La genesi storica, il significato del termine “cooperazione” e i rapporti con l'art. 110 c.p.***

La dottrina più risalente ha a lungo dibattuto sulla legittimità della cooperazione colposa, e in particolare sui rapporti tra questa figura e il concorso di persone in reato doloso.

La stessa ammissibilità di una forma di concorso colposo nel reato colposo non era scontata: sotto la vigenza del Codice Zanardelli era avversata da gran parte della dottrina per almeno due ragioni determinanti: da un lato, l'assenza di un'esplicita previsione di legge; dall'altro, la dominante ottica soggettivistica con cui la dottrina osservava il fenomeno concorsuale, attribuendo un'importanza essenziale al previo accordo tra tutti i soggetti concorrenti. Si riteneva che tale accento fosse del tutto incompatibile con la non volontarietà propria di qualsiasi fatto colposo. Così, la conclusione di molti studiosi era chiara: “*nei fatti colposi non può ravvisarsi complicità*”<sup>1</sup>.

Il legislatore prese invece nettamente posizione in senso contrario, introducendo nel Codice Rocco l'art. 113. Per fugare ogni dubbio circa la sua ammissibilità, la *Relazione* del Guardasigilli si preoccupò di sottolineare che la c.d. *scientia maleficii* dovesse essere considerata, in questo caso, come la “*consapevolezza di concorrere, con la propria*

---

<sup>1</sup> F. CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, I, 1870, p. 502. Cfr. anche: O. VANNINI, *È ammissibile la partecipazione colposa al reato colposo?*, in *Rivista penale*, 1925, p. 33.

azione, all'azione altrui"<sup>2</sup>. Dunque, la stessa è "ipotizzabile in tutte le possibili forme di attività criminose realizzate da più persone, e, perciò, non v'è ragione di escludere il concorso nei reati colposi"<sup>3</sup>. Un deciso tratto di penna, dunque, definito da alcuni studiosi "autoritario e repressivo, tendente a colmare eventuali lacune di tutela nel caso in cui fosse prevalsa la tesi opposta dell'incompatibilità strutturale tra l'istituto del concorso e la responsabilità per colpa"<sup>4</sup>.

La scelta terminologica – con l'uso del termine "cooperazione", anziché concorso – fu probabilmente espressione della volontà di affiancare tale concetto a quello della colpa, ma, allo stesso tempo, di assecondare gli scetticismi della dottrina, evitando di utilizzare lo stesso vocabolo impiegato nell'art. 110 c.p. Il testo risultante non è dei più chiari, dal momento che non chiarisce i rapporti tra il concetto di concorso (tradizionalmente consacrato nella sua forma dolosa) e quello di cooperazione.

Dottrina minoritaria ha sostenuto l'idea secondo cui sarebbe ben possibile definire il fenomeno descritto dall'art. 113 come "concorso", a patto che si sottolinei il suo carattere improprio. In tali situazioni, infatti, la cooperazione che si può verificare sarebbe incompleta, dal momento che il convergere delle volontà dei cooperanti può riguardare esclusivamente le condotte, e non anche l'evento (che altrimenti non potrebbe che essere voluto dal cooperante, ricadendo così nel concorso doloso). Questa prospettiva è strettamente legata all'idea che l'elemento imprescindibile di ogni forma di plurisoggettività debba essere non solo la conoscenza dell'azione altrui, ma anche la volontà di contribuire alla realizzazione dell'evento finale, e tenta pertanto questa mediazione per rendere tale carattere compatibile con l'elemento della colpa<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> AA.VV., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, vol. V, I, p. 171.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> S. CORBETTA, Sub Art. 113, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini-G.L. Gatta, Milanofiori Assago, Ipsoa Wolters kluver, 2015, IV ed., vol. I, p. 1807.

<sup>5</sup> Così F. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte generale.*, XVI ed., a cura di L. Conti, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 588-589; C. PATERNITI, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. Giur.*, Roma, Treccani, 2008, p. 5. Si noti, peraltro, che la stessa idea è condivisa da parte della giurisprudenza: cfr., ad esempio, Cass. pen., sent. 25 maggio 1981, in *Foro it.*, 1982, II, p. 421; Cass. pen., sent. 04

Le critiche – con le quali concordiamo – hanno evidenziato come una tale impostazione sia frutto di una confusione tra i caratteri del dolo e della colpa, e della volontà di individuare un unico oggetto su cui entrambe devono proiettarsi (condotta ed evento)<sup>6</sup>, nonché di una (almeno implicita) elevazione del concorso doloso a figura prototipica di tutte le forme concorsuali<sup>7</sup>.

La dottrina maggioritaria ritiene, al contrario, che i due termini (“cooperazione” nell’art. 113, e “concorrono” nell’art. 110) esprimano concetti sinonimici<sup>8</sup> e, di conseguenza, che la cooperazione colposa debba a tutti gli effetti essere intesa come un’ipotesi autonoma nel panorama delle figure concorsuali; non si potrebbe parlare di una forma *impropria*, poiché “sarebbe come voler chiamare la colpa ‘dolo improprio’ perché esige la non-volontarietà dell’evento”<sup>9</sup>. In tale prospettiva, il concorso nel reato doloso e la cooperazione nel delitto colposo hanno, per così dire, pari dignità: la seconda non è debitrice della prima per la definizione dei suoi presupposti strutturali, ma vi sono elementi in comune ed elementi di differenza (il più rilevante di questi è appunto l’elemento soggettivo). Pertanto, nell’elaborare questa concezione, si rifiutano le conclusioni delle precedenti dottrine che avevano sviluppato la definizione dell’elemento soggettivo del concorso modellandolo sul dolo<sup>10</sup>. Tale prospettiva ci

---

aprile 1979, in *Riv. Pen.*, 1980, p. 62; Cass. pen., sent. 12 marzo 1979, in *Giust. Pen.*, 1980, III, p. 341.

<sup>6</sup> Così M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 125.

<sup>7</sup> Cfr. M. SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 8.

<sup>8</sup> Cfr., per esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 2013, p. 526; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 551; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 192.

<sup>9</sup> F. MANTOVANI, *op. loc. cit.*

<sup>10</sup> In tal senso, F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 179; M. ROMANO-G. GRASSO, *Sub art. 113*, in *Commentario sistematico del codice penale*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2012, vol. II, p. 234; G. BETTIOL, *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in *ID., Scritti*

sembra quella maggiormente convincente, e più rispettosa della reciproca autonomia di due forme di manifestazione del reato che, pur presentando tratti in comuni, sono strutturalmente autonome.

Gli studiosi hanno anche variamente argomentato intorno all'imprescindibilità della previsione di cui all'art. 113 c.p. quale norma attributiva di una responsabilità per colpa (ai sensi dell'art. 42, comma 2 c.p.). Secondo alcuni autori, essa non è indispensabile, dal momento che l'ampia formulazione dell'art. 110 ("concorrono nel medesimo reato") potrebbe ben ricomprendere anche le ipotesi di cooperazione colposa nel reato colposo; l'art. 113 sarebbe quindi stato introdotto non perché necessario, ma solo per placare le dispute sulla configurabilità del concorso nel reato colposo<sup>11</sup>. Tuttavia, l'opinione prevalente – alla quale aderiamo – si orienta decisamente nel senso che la disposizione di cui all'art. 113 sia necessaria: in primo luogo, perché l'art. 110 non è sufficientemente preciso da legittimare il concorso colposo; in secondo luogo, perché questa funzione di tipizzazione non è svolta da nessun'altra norma, e non potrebbe essere attribuita allo stesso art. 42, che chiarisce i presupposti di un titolo di responsabilità monosoggettivo<sup>12</sup>; infine, perché le norme di disciplina, in particolare l'art. 114 c.p., si riferiscono indifferentemente all'art. 110 e all'art. 113 (salvi i casi di incompatibilità strutturale, come per gli artt. 116 e 117), suggerendo una parificazione del ruolo delle due disposizioni<sup>13</sup>.

---

giuridici, I, Padova, Cedam, 1966, p. 17; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 6.

<sup>11</sup> Così C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, Priulla editore, 1952, pp. 33-34. Nello stesso senso, I. CARACCIOLI, *Profili del concorso di persone nelle contravvenzioni*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1971, p. 953. Similmente anche alcune pronunce di legittimità: Cass. pen., sent. 7 novembre 1990, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1209; evidenza una relazione di specialità Cass. pen., sent. 16 febbraio 1989, in *Giust. Pen.*, 1990, II, p. 163.

<sup>12</sup> Lo spiega assai lucidamente G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 82.

<sup>13</sup> G. ALICE, *Il concorso colposo in fatti contravvenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1035-1036.

*Quid* rispetto alla cooperazione nelle contravvenzioni colpose? Parte della dottrina ritiene che questa non sia ammissibile, interpretando *a contrario* il disposto dell'art. 113 c.p., che si limita a prevedere la cooperazione nei delitti. A sostegno di questa ricostruzione, si evidenzia che ammetterla, sulla base della più generale previsione dell'art. 110, significherebbe consentire l'applicazione delle aggravanti di cui all'art. 112, n. 1 e 2, mentre le stesse non compaiono nell'elenco di circostanze applicabili alla cooperazione nei delitti di cui all'art. 113, comma 2: si genererebbe, pertanto, un'inspiegabile asimmetria strutturale<sup>14</sup>. Al contrario, la maggior parte della dottrina<sup>15</sup> e della giurisprudenza<sup>16</sup> propendono per ammettere la cooperazione nelle contravvenzioni – ed è questa la teoria che ci convince –, sottolineando che un'espressa previsione normativa è richiesta dall'art. 42, comma 2 per i delitti, ma non anche per gli illeciti contravvenzionali. Nulla osta, dunque, alla previsione del concorso colposo anche rispetto alle contravvenzioni, che troverebbe la sua giustificazione normativa nella norma più generale dell'art. 110 c.p. Quanto all'argomento delle aggravanti, alcuni autori hanno lucidamente sottolineato che sarebbe in ogni caso impossibile riconoscere quelle disciplinate dall'art. 112, n. 1 e 2 in quanto, per la loro struttura, presuppongono il dolo<sup>17</sup>.

Restano però alcune perplessità sul piano politico-criminale: le contravvenzioni colpose sono previste in numero maggiore rispetto ai delitti, e la cooperazione determina un'estensione dell'area del penalmente rilevante, che è potenzialmente contraddittoria rispetto alla minore offensività riconosciuta a queste fattispecie (disciplinate, appunto,

---

<sup>14</sup> È questa la posizione di P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., p. 159; G. ALICE, *Il concorso*, cit., p. 1035; F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in AA. VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984, p. 88.

<sup>15</sup> Per esempio, M. GALLO, *Lineamenti*, cit., p. 97; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 520-521; 526; M. SPASARI, *Profili*, cit., p. 9.

<sup>16</sup> Cass. pen., sent. 7 novembre 1990, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1209; Cass. pen., sent. 24 giugno 1993, in *CED*, n. 195852; Cass. pen., sent. 16 gennaio 1991, in *Giust. Pen.*, 1992, II, p. 480. Cass. pen., sez. III, sent. 05 novembre 2014, n. 48016, in *CED*, n. 261165.

<sup>17</sup> I. CARACCIOLI, *Profili del concorso*, cit., p. 959

come contravvenzioni, e non come delitti) e, inoltre, stride con ogni istanza di depenalizzazione e di contenimento dell'area del penalmente rilevante<sup>18</sup>.

## **2.2. *Quale contributo di A?***

La lettera dell'art. 113 c.p. pone, quali requisiti della responsabilità penale colposa, che "l'evento sia stato cagionato dalla cooperazione di più persone". L'individuazione del cooperante si fonda, pertanto, su due elementi oggettivi: l'apporto causale e la realizzazione di un "evento"; entrambi meritano qualche approfondimento, vista la scelta "minimalista" del legislatore di non definirli in modo più preciso e l'importanza dal punto di vista della struttura di questa forma di manifestazione concorsuale.

### **2.2.1. Il significato del termine "evento" nell'art. 113 c.p.**

Due sono le possibili interpretazioni del termine "evento" nella norma sulla cooperazione colposa: può trattarsi di un evento in senso giuridico o in senso naturalistico, e in questo secondo caso, la cooperazione colposa non sarebbe possibile per alcun reato di mera condotta.

La prima opzione è quella preferita da gran parte della dottrina<sup>19</sup>, sulla base di diverse considerazioni.

---

<sup>18</sup> Cfr., sul punto, F. RINALDINI, Sub Art. 110, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini-G.L. Gatta, Milanofiori Assago, Ipsoa, Wolters kluwer 2015, vol. I, p. 1753.

<sup>19</sup> Per tutti, si vedano G. COGNETTA, *La cooperazione*, cit., pp. 73-75, e P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., pp. 25 ss. Non si deve dimenticare, peraltro, la tesi che ritiene del tutto irrilevante tale dibattito, in quanto afferma che in ogni reato vi sia la presenza di un evento naturalistico: cfr. M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 62 ss.



Parte della dottrina sottolinea l'assoluta centralità dell'evento quale “*elemento finale riassuntivo di tutti gli elementi che contribuiscono a determinarlo, con una ricchezza ed un'articolazione di componenti certamente ignote alla fattispecie monosoggettiva*”<sup>20</sup>, quasi fosse il punto focale di una raffigurazione prospettica. Leggendo il fatto concorsuale con gli schemi dell'accessorietà, l'evento è il risultato di una convergenza tra l'azione tipica dell'autore e il contributo atipico del partecipe. Utilizzando il diverso parametro dell'autonoma tipicità della fattispecie plurisoggettiva (per esempio nei casi di esecuzione frazionata, cui non è possibile applicare il meccanismo dell'accessorietà, perché nessuna condotta è tipica di per sé), l'evento resta il punto di incontro di apporti irrilevanti singolarmente, ma determinanti quando si combinano tra loro. Laddove, poi, vi siano fattispecie di mera condotta, l'elemento di polarizzazione non scompare, ma – semplicemente – non è più l'evento, bensì l'offesa tipica (che si esaurisce nell'integrazione delle condotte). Questo elemento tanto essenziale può essere ottimamente riassunto nel concetto di evento in senso giuridico.

Vi è poi un argomento di politica criminale: l'esclusione delle fattispecie di mera condotta rischia di determinare una significativa lacuna di incriminazione o di disciplina (a seconda delle funzioni che le varie teorie attribuiscono a tale istituto: ritorneremo sul punto *infra*).

Inoltre, una considerazione sistematica sembra indebolire notevolmente il possibile fondamento dell'orientamento restrittivo (che legge l'evento in senso naturalistico): il legislatore, infatti, ha utilizzato questo termine in molte disposizioni del codice penale, dal complesso delle quali non è possibile individuare *a priori* un significato univoco: alcune norme risulterebbero del tutto incongrue se si scegliesse l'interpretazione naturalistica (si pensi, ad esempio, alle definizioni di dolo e colpa), mentre altre, all'opposto, perderebbero ogni significato volendo riferirle anche ai reati di mera condotta (un esempio su tutti: l'art. 40 c.p., quantomeno con riferimento al comma 1)<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., pp. 30-31.

<sup>21</sup> Per tali considerazioni, si veda G. COGNETTA, *op. loc. ult. cit.*

Fin qui le conclusioni comuni al modello più studiato di concorso, quello nel reato doloso. Per ciò che riguarda nello specifico i reati colposi, in essi l'evento non solo delimita la rilevanza penale dei contributi dei singoli (la condotta dell'autore deve essere il risultato – prevedibile ed evitabile, ma queste sono valutazioni che attengono al piano soggettivo – della condotta del partecipe), ma è anche il punto di convergenza di più azioni od omissioni (il che consente di escludere dal concorso la rilevanza delle serie causali autonome). Svolge, pertanto, un'essenziale funzione di tipizzazione, che trascende l'ambito della causalità: poiché sono prevalenti le fattispecie colpose causalmente orientate, l'evento è elemento essenziale che assicura l'incriminazione del contributo; dal momento che il tentativo non è applicabile per i delitti colposi, le condotte saranno rilevanti soltanto se cagionano l'evento. Inoltre, è elemento imprescindibile nella selezione delle condotte colpevoli (l'evento realizzato deve essere espressione di quel rischio che la norma cautelare voleva evitare, deve essere stato prevedibile ed evitabile in concreto per poter muovere un rimprovero all'agente, etc.). Se tali limitazioni servono a verificare l'imputazione oggettiva delle conseguenze della condotta, in un contesto plurisoggettivo il primo termine di questa relazione non è la condotta del singolo, ma il complesso delle condotte di ogni soggetto coinvolto<sup>22</sup>. Per tutti questi motivi, in considerazione della sua centrale importanza non solo quale secondo elemento della relazione causale, bensì come cardine della tipicità, sembra riduttivo considerare l'evento come un semplice accadimento naturalistico; conviene invece ritenerlo una *“formula riassuntiva del disvalore oggettivo dell'illecito concorsuale, non solo il risultato naturalistico della condotta dell'esecutore, ma l'intero fatto realizzato ad opera dei concorrenti ed il suo disvalore”*<sup>23</sup>.

Del tutto recessive sono poi alcune risalenti concezioni che, nell'ambito delle fattispecie colpose, attribuiscono all'evento il significato di condizione obiettiva di punibilità, o almeno di elemento che deve essere imputato sulla base del solo nesso di

---

<sup>22</sup> Naturalmente, ulteriori rilievi debbono poi essere svolti rispetto ai singoli apporti concorsuali. Per questa analisi cfr. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., pp. 33 ss..

<sup>23</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., p. 35.

causalità<sup>24</sup>. Le principali critiche mosse a tale prospettiva furono basate sulla necessità di mantenere ferma la distinzione tra l'imputazione a titolo di colpa e quella per responsabilità oggettiva: altra è la logica della prevedibilità di un determinato risultato umano, altro è il *versari in re illicita*. Inoltre, si riteneva che alcuni elementi imputati oggettivamente potessero instaurarsi anche sui reati colposi, come per esempio nel caso della morte di uno o più soggetti conseguenti alla causazione colposa di un'epidemia, e ciò dimostrava il distacco tra i due modelli<sup>25</sup>. Oggi, come noto, la responsabilità oggettiva ha subito un notevole processo evolutivo ed ermeneutico, a cominciare dalle fondamentali sentenze della Corte costituzionale n. 364 e 1085 del 1988<sup>26</sup>, che hanno affermato la necessità di ricondurre ai canoni della prevedibilità per colpa quegli elementi che erano prima suscettibili di essere imputati oggettivamente. È però ovvio che l'imputazione soggettiva della colpa deve sostituirsi a quella oggettiva, non esserne assorbita. Anche alla luce dell'evoluzione concettuale dell'imputazione oggettiva, dunque, appare del tutto inaccettabile la concezione che pretende di configurare l'evento come estraneo all'oggetto della colpa.

### 2.2.2. Il contributo causale di A

Come abbiamo visto, il legislatore rinuncia ad una tipizzazione delle differenti figure di cooperanti (confermando la scelta operata per il concorso doloso), e quindi non attribuisce i ruoli di "autore", "partecipe", "coautore", etc. Proprio nei lavori

---

<sup>24</sup> Cfr., per esempio, O. VANNINI, *L'evento colposo come condizione di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1932, pp. 563 ss.

<sup>25</sup> Per le critiche si vedano M. GALLO, voce *Colpa penale. Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 634 e G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 138 e 187 ss.

<sup>26</sup> C. cost., sent. 23-24 marzo 1988, n. 364 e C. cost., sent. 30 novembre-13 dicembre 1988, n. 1085, entrambe in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Per un riassunto sull'ampio dibattito relativo a questa problematica, sia consentito, per tutti, il rinvio a G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 394-395, e a F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milano, Giuffrè, 2005, in part. pp. 221 ss., nonché alle ulteriori fonti citate in questi loci.

preparatori al Codice Rocco ne troviamo una giustificazione: “la preordinata catalogazione dell’entità dell’apporto di ciascun concorrente non può che essere arbitraria, perché in concreto il giudizio è in relazione ad un’infinità di circostanze, che sono sottratte ad ogni previsione, essendo il loro valore diverso nelle innumerevoli modalità dei fatti”<sup>27</sup>. La stessa formulazione letterale dell’articolo, che parla di evento “cagionato”, palesa la scelta in modo assai netto, più di quanto non avvenga nell’art. 110: le attività di tutti i soggetti coinvolti acquisiscono una particolare tipicità in funzione del loro apporto casuale alla realizzazione dell’evento-reato, e la differenza tra un contributo più o meno rilevante, tra uno morale e uno materiale non si riflette che nella commisurazione della pena<sup>28</sup>.

Ulteriore prova della necessità che ogni condotta sia causalmente rilevante è la differenza tra la formulazione generale di cui all’art. 113 e il concetto di agevolazione che è invece utilizzato da alcune “fattispecie particolari” di cooperazione colposa<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Relazione del Guardasigilli sul Libro I del progetto definitivo, in AA.VV., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, vol. V, n. 134.

<sup>28</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., pp. 23-24.

Il dibattito sulle diverse concezioni di causalità non presenta profili di particolare specialità rispetto alla cooperazione colposa. Sia pertanto consentito rinviare ai contributi riassuntivi di alcuni illustri autori quali G. COGNETTA, *La cooperazione*, pp. 84-85; L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, Cedam, 1981, pp. 3 ss. e G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, UTET, 1988, pp. 437 ss. Sulla c.d. concezione “prognostica” della causalità in ambito concorsuale, cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale.*, cit., pp. 551 ss.

<sup>29</sup> Lo nota F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione*, cit., pp. 29 ss. A titolo di esempio, possiamo citare l’art. 254 c.p. (il quale, in relazione alla distruzione o al sabotaggio di opere militari, p. e p. dall’art. 253, afferma che: “quando l’esecuzione del delitto preveduto dall’articolo precedente è stata resa possibile, o soltanto agevolata, per colpa di chi era in possesso o aveva la custodia o la vigilanza delle cose ivi indicate, questi è punito con la reclusione da uno a cinque anni”), l’art. 259 c.p. (“Quando l’esecuzione di alcuno dei delitti preveduti dagli articoli 255 [Soppressione, falsificazione o sottrazione di atti o documenti concernenti la sicurezza dello Stato], 256 [Procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato], 257 [Spionaggio politico o militare] e 258 [Spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione] è stata resa possibile, o soltanto agevolata, per colpa di chi era in possesso dell’atto o documento o a cognizione della notizia, questi è punito con la reclusione da uno a cinque anni”), e l’art. 350 c.p. (“se la violazione dei sigilli [di cui all’art. 529 c.p., apposti al fine di assicurare l’identità e la conservazione di una cosa] è resa possibile, o comunque agevolata, per colpa di chi ha in custodia la cosa, questi è punito con la sanzione

Per comprendere con precisione quale sia la funzione del nesso causale all'interno della struttura della cooperazione colposa, è necessario distinguere due tipologie di reati.

Nelle fattispecie *a forma libera*, la realizzazione di un evento è uno dei cardini su cui si fonda la tipizzazione dei singoli contributi (insieme all'elemento psicologico). Data la struttura di queste fattispecie, e adottando il paradigma della teoria condizionalistica, si deve sottolineare fin d'ora – ma riprenderemo questo tema – che la norma sulla cooperazione non estende il novero delle condotte penalmente rilevanti, quindi non ha una funzione incriminatrice per le fattispecie a forma libera, ma può avere al più una funzione di disciplina: i comportamenti di A, del partecipe, sono infatti già di per sé tipici alla luce della fattispecie monosoggettiva, poiché contribuiscono alla causazione di un evento finale. È da notare che i diversi contributi delle condotte umane possono collegarsi in una sequenza, tale che la condotta di A sia causa della condotta di B (come in un esempio richiamato nel primo capitolo nel terzo sottogruppo: A vende un'auto di lusso a B, trascurando di illustrare i complessi controlli elettronici della vettura; B, inesperto di simili vetture, investe un pedone), ma possono anche essere rappresentati da condotte distinte tra loro che si intersecano sul piano causale (immaginiamo l'infermiere A che riordina alcune fiale, ma scambia quelle di un preparato medico e di un veleno, lasciando il contenitore con il veleno – non ancora in dosi letali – sul carrello per i pazienti, che poi consegna al collega B; questi dovrebbe additivare una nuova sostanza al preparato ma sbaglia anch'egli e aggiunge una nuova sostanza tossica, prima di somministrare il composto, ora letale, al paziente).

Per quanto riguarda, invece, i reati *a forma vincolata*, la norma sulla cooperazione sembra, *prima facie*, svolgere una funzione incriminatrice *ex novo*: consentirebbe, infatti, di assoggettare all'area del penalmente rilevante comportamenti che, non integrando le modalità previste con la descrizione della condotta, non sarebbero autonomamente considerati tipici. Se tali reati prevedono la realizzazione di un evento naturalistico, la struttura del nesso di causalità è simile a quella appena esaminata per quelli causalmente orientati; se, al contrario, sono di mera condotta, il discorso si fa più articolato. A prima

---

amministrativa pecuniaria da euro 154 a euro 929"); altre ipotesi analoghe sono contenute nel codice penale militare di pace (artt. 97 e 109) e di guerra (artt. 55, 71, 74).

vista, infatti, in assenza di un evento naturalistico, non sembrerebbe possibile affermare la sussistenza di un legame causale, con il rischio di ritenere un contributo atipico rilevante ai fini concorsuali per il solo fatto di essere stato apportato da A; tuttavia, in virtù della nozione di evento in senso giuridico, sarebbe possibile “*ritenere che il contributo unitario all’offesa ad opera del comportamento di più soggetti rappresenti il momento riassuntivo finale di un fatto che si articola al suo interno secondo il più volte richiamato modulo condizionale tra le condotte di cooperazione. Con la particolarità, nel caso di specie, che il primo termine del rapporto causale è rappresentato da una condotta atipica, la quale riceve, proprio attraverso il nesso eziologico, un primo e fondamentale connotato di tipicità sul piano concorsuale, destinato a riverberarsi sul carattere unitario dell’offesa*”<sup>30</sup>.

Ritorniamo tuttavia su queste conclusioni provvisorie circa la funzione di incriminazione o di disciplina della cooperazione colposa.

Abbiamo accennato all’eventualità di un concorso morale nel reato colposo, portando l’esempio (nel terzo sottogruppo) del passeggero A che incita il guidatore B ad aumentare la velocità, e poi quest’ultimo travolge un passante. È concepibile una tale forma di influenza causale in un reato colposo? Alcuni autori hanno ritenuto del tutto incompatibili, per loro stessa natura, l’istigazione e il fatto colposo, definendo la prima un “concetto giuridico il cui contenuto risulta oramai da molto tempo immutabile. Essa significa: sollecitazione in un altro della decisione del fatto. Istigare vuol dunque dire: istigare ad un fatto doloso”<sup>31</sup>, sulla base dell’ovvia considerazione che l’agente non decide di realizzare il fatto colposo. La critica rileva però che questa considerazione va di pari passo con l’idea che i reati colposi siano strutturati, per la loro stessa natura, in termini di mera causalità oggettiva, mancando del tutto qualsiasi dominio finalistico dell’autore sul fatto.

---

<sup>30</sup> Cfr. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., pp. 53-54.

<sup>31</sup> Queste le parole di P. BOCKELMANN, *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, in *Deutsche Beiträge zum VII. Internationale Strafrechtskongress in Athen von 26. September bis 2. Oktober 1957*, Berlin, 1957, pp. 46 ss. Ne citiamo la traduzione riportata da A.R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1962, vol. X, p. 618.

E tuttavia, altra dottrina obietta come, proprio nel caso della fattispecie plurisoggettiva colposa, non sia opportuno ridurre il titolo di imputazione al solo aspetto oggettivo: ciò comporterebbe, infatti, ritenere responsabile ogni soggetto che abbia contribuito causalmente alla realizzazione del fatto di reato, ancorché senza il benché minimo atteggiamento rimproverabile. *“Ma la comune coscienza giuridica si rifiuta di accettare questa conclusione”*<sup>32</sup>. Al contrario, questa teoria afferma come anche nel caso di reato colposo sia possibile individuare un profilo di finalità che arricchisce l'azione, negando che questa possa risolversi in un contenuto meramente causale; inoltre, questo profilo non ha ad oggetto, semplicemente, la causazione dell'evento, ma piuttosto l'intero sviluppo della catena causale sino a che l'evento non si verifichi. Se interpretiamo l'azione colposa come una sommatoria di una iniziale trascuratezza, cioè di un comportamento negligente, imprudente o imperito, e di una serie di mancate cautele che successivamente avrebbero potuto essere adottate e invece sono state omesse, allora possiamo dire che l'autore abbia a tutti gli effetti il dominio di ciò che fa, almeno in senso potenziale: non di quel fatto – irrilevante per il diritto – che egli vuole realizzare (è ovvio che l'intenzione del soggetto non può essere diretta alla realizzazione di un evento colposo), ma del fatto conforme all'illecito colposo che egli omette di evitare, e dunque realizza.

In questo senso, è ammissibile l'istigazione al reato colposo: essa *“non riguarda l'intenzione di commettere l'azione pericolosa (che, di per sé, è giuridicamente indifferente), ma la decisione di non adottare, nel perseguimento di quel fine, gli accorgimenti necessari ad evitare le possibili conseguenze collaterali (conformi al tipo) connesse con l'impiego dei mezzi pericolosi”*<sup>33</sup>. Così, la condotta di istigazione del passeggero non sta nel convincere il guidatore a trasportarlo, ma nell'indurlo ad omettere alcune delle più elementari cautele, tra cui quelle inerenti al limite di velocità.

Non sfuggirà la netta caratterizzazione finalistica della teoria che abbiamo ora riportato, tutta incentrata sulla possibilità di riconoscere una forma di dominio del fatto anche nei reati colposi. Anche fuori da questa particolare concezione, tuttavia, non si

---

<sup>32</sup> A. R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, cit., p. 619.

<sup>33</sup> A. R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, cit., p. 620.

può tacere come sia possibile immaginare una determinazione all'azione colposa: si tratta del convincimento, o del rafforzamento della volontà di un altro soggetto a tenere una determinata condotta, senza volere l'evento lesivo (e al massimo, nel caso della colpa con previsione, rappresentandolo ma escludendo che si verificherà). Per i reati colposi di mera condotta si tratterà invece, semplicemente, di convincere o rafforzare taluno nel proposito di tenere la condotta, pur avendo contezza del carattere colposo della stessa (si pensi, nei casi delle contravvenzioni alimentari o ambientali, all'istigazione a non rispettare o a non informarsi sulle norme che disciplinano la produzione degli alimenti o lo scarico dei liquami in acque pubbliche)<sup>34</sup>.

### 2.2.3. L'elemento soggettivo: il cuore del problema

Definire quale sia l'elemento soggettivo della cooperazione colposa, e – dunque – quale atteggiamento psicologico debba essere presente nel partecipe (A) e nel soggetto che immediatamente realizza la lesione (B) significa, per così dire, affrontare il cuore delle problematiche che ruotano intorno a questo istituto.

Due sono i tratti che devono contraddistinguere l'elemento soggettivo: la colpa dei singoli cooperanti e un *quid pluris* che abbia la funzione, per così dire, di collante tra i diversi atteggiamenti psicologici dei singoli<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Sembra, invece, del tutto impossibile immaginare una condotta di determinazione nel caso delle condotte totalmente involontarie, e delle reazioni istintive (chi per istinto scaccia una mosca dal volante dell'automobile e così facendo sbanda, investendo un uomo), perché proprio il loro carattere istintivo sembra incompatibile con qualsiasi tipo di decisione, e quindi di influenza sulla stessa. Per queste situazioni, tuttavia, deve preliminarmente essere sciolto il dubbio se questi comportamenti umani siano o meno da considerare azioni, e dunque condotte giuridicamente rilevanti, o siano meri cambiamenti della realtà talmente involontari da essere fuori da ogni sfera di controllo dell'agente, e dunque non suscettibili di alcun rimprovero. Naturalmente, adottando un'interpretazione normativa della colpa si perviene ad una soluzione positiva, in quanto anche in questo caso una regola di diligenza è stata violata. Cfr., sul punto, G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., pp. 112 ss.

<sup>35</sup> Parla di rapporto "verticale" tra condotta ed evento (in comune con la forma monosoggettiva) e di rapporto "orizzontale" tra cooperanti, proprio soltanto della fattispecie



Per la verità, isolare questo secondo elemento risponde soprattutto ad esigenze di carattere espositivo. Non sono infatti mancate – e se ne potrà avere conferma nei paragrafi che seguiranno – concezioni che hanno avvicinato notevolmente questo elemento a quello della colpa monosoggettiva, fino a ridurne la particolarità ad una semplice estensione dell’oggetto di quest’ultima. Nondimeno, ci sembra più chiaro trattarlo separatamente.

Cominciamo però dal primo segmento: è necessario che tutti i soggetti tengano una condotta colposa. Aderendo ad una moderna concezione normativa della colpa, ciò significa, in primo luogo, che ogni agente deve aver violato delle ben precise regole cautelari le quali, se rispettate, avrebbero consentito di evitare il prevedibile verificarsi dell’evento in senso giuridico<sup>36</sup>. È importante sottolineare come questo elemento sia un vero e proprio ponte tra gli elementi oggettivi e quelli soggettivi, e obblighi l’interprete ad un’accurata selezione degli eventi effettivamente rimproverabili. Infatti, sarà necessaria in primo luogo un’attenta ricostruzione della regola cautelare violata. Questa potrà essere propria del singolo partecipante (A) (per il venditore di automobili: spiegare al cliente i complessi controlli elettronici prima di consegnargli la macchina), comune a tutti i soggetti cooperanti (per coloro che organizzano la competizione illegale su strada del caso III: non partecipare a gare automobilistiche non autorizzate), ovvero essere diretta al partecipante allo scopo di prevenire non l’evento lesivo, ma l’interazione della condotta di un soggetto con gli altri<sup>37</sup> o comunque possedere una vera e propria natura relazionale che, in presenza di alcuni presupposti, individua specifici obblighi di

---

concorsuale L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 133-134.

<sup>36</sup> G. COGNETTA, *La cooperazione*, cit., p. 78; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2014, p. 609; G. GRASSO, Sub Art. 113, cit., pp. 233 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 527; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 366-367; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Cooperazione*, cit., p. 61.

<sup>37</sup> Molto chiaro, sul punto, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 527-528.

coordinamento e di controllo dell'operato di altri soggetti<sup>38</sup>. Deve poi essere verificata la presenza dei nessi tra la colpa e l'evento, anche in termini relazionali, e dev'essere accertata la prevedibilità (o la previsione) dell'evento, secondo i criteri generali della responsabilità colposa<sup>39</sup>.

Il secondo tratto caratteristico dell'elemento soggettivo svolge invece il ruolo di "collante" tra i diversi comportamenti. La dottrina ha fornito diverse interpretazioni sul suo esatto significato: alcuni autori hanno valorizzato l'aspetto psicologico della colpa, richiedendo che il cooperante si rappresenti la condotta altrui e l'interazione di questa con la propria; altri studiosi hanno invece accentuato l'aspetto normativo della colpa, fondando il rimprovero del singolo per aver tenuto un atteggiamento difforme da quello richiesto dalla norma alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, compreso il fatto di stare cooperando con un altro soggetto.

#### ◆ *Una concezione risalente: l'accordo per commettere il reato*

La più risalente concezione del legame psichico tra le condotte degli agenti era fortemente debitrice della dottrina che riteneva indispensabile nel concorso doloso l'accordo tra i soggetti, e tentava di adeguare questo elemento ai caratteri propri della colpa. Così si affermava che *"nei reati colposi, l'accordo, e quindi l'intenzione degli agenti, non è diretto a produrre l'evento, che, in genere, è un danno in senso naturalistico, altrimenti si avrebbe un reato doloso, ma è diretto a compiere un'azione od omissione che, secondo la comune prevedibilità, può produrre quella lesione ad un bene giuridico che nella norma penale è tassativamente prevista dal legislatore"*<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Si veda in proposito Capitolo III, par. 1.1.

<sup>39</sup> S. CORBETTA, Sub Art. 113, cit., pp. 1810-1811.

<sup>40</sup> D. RENDE, *Cooperazione in reato colposo e concorso di colpe*, in Riv. Pen., 1936, p. 399. In termini analoghi E. ALTAVILLA, *La Colpa*, Torino, UTET, 1957, p. 280 e A. VECCHIO, *Cooperazione colposa e morte di uno dei concorrenti* (nota a Trib. Siracusa, sent. 3 marzo 1951, Randazzo), in Riv. Pen., 1956, pp. 57-59.

Come noto, anche nell'analisi dei caratteri del concorso doloso, l'importanza di questo elemento è stata ridimensionata dalla dottrina successiva. Inoltre, questa ricostruzione è da rigettare poiché non elimina un'incertezza di fondo: la volontà è diretta semplicemente al compimento dell'attività condivisa, oppure si proietta anche sul rischio, non tollerato dall'ordinamento, che questa comporta<sup>41</sup>? Il problema non è di scarsa importanza: si tratta, infatti, di comprendere se questa volontà coincida con la *suitas* della condotta, oppure comprenda la volontarietà della trasgressione di norme cautelari. Scegliendo l'una o l'altra prospettiva si richiede, per così dire, una soglia di volontà più o meno alta, e con un oggetto più o meno esteso. Peraltro, il problema si ripresenta anche in altre letture dell'elemento soggettivo dell'istituto.

◆ *La consapevolezza del carattere colposo della condotta altrui*

La prevalente dottrina ritiene che oltre alla condizione di colpa in cui deve versare il partecipe (A), lo stesso debba essere cosciente che il suo modo di agire, in quella determinata situazione, viene ad intersecarsi con il comportamento colposo dell'autore (B). Così, non basta che due conducenti, ciascuno sulla propria vettura, si avvicinino al medesimo incrocio violando le regole cautelari della prudenza e la disciplina del codice della strada, determinando colposamente la morte di un passante. È invece necessario che ciascuno sappia che l'altro sta guidando su quella strada e che potrebbe interagire con gli eventi (usiamo qui il termine in senso assolutamente atecnico e generale) da lui causati (violando a sua volta le regole cautelari), o che i due si accordino per gareggiare insieme in un centro abitato, contro ogni regola di prudenza, e investano un passante (cfr. caso III)<sup>42</sup>. La dottrina che segue la teoria in esame sottolinea che l'agente debba non solo essere cosciente della sussistenza di un'azione altrui che si interseca con la propria, ma anche avere contezza del carattere colposo della stessa, estendendo così

---

<sup>41</sup> Sembra propendere nel secondo senso V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, a cura di P. Nuvolone-G.D. Pisapia, V ed., Torino, UTET, 1981, vol. II, pp. 620-622.

<sup>42</sup> Per questi rilievi introduttivi, si veda l'ottima sintesi di S. CORBETTA, *Sub Art. 113*, cit., pp. 1806 ss.

l'oggetto di questa consapevolezza. Per tornare ai nostri esempi, non sarebbe possibile ravvisare la cooperazione colposa nel caso dei due automobilisti che pure hanno consapevolezza che l'altro sta procedendo su una direzione che intersecherà la propria, se tuttavia uno crede che l'altro non abbia superato i limiti di velocità, né violato alcun'altra regola di prudenza. Ancora, il boscaiolo che raccolga dei rami in una foresta, li lega in una fascina e li abbandona in un'area dalla folta vegetazione per consentire ad un compagno di accendere un fuoco per scaldarsi in caso di necessità, se per la distrazione di quest'ultimo si determina un incendio, potrà rispondere nella forma della cooperazione colposa solo qualora si accerti che la sua condizione psicologica comprende la consapevolezza che il secondo si sarebbe comportato imprudentemente così da rischiare di appiccare involontariamente il fuoco. In altre parole, *“la condotta di chi sollecita o favorisce in qualsiasi modo l'altrui condotta colposa, è essenzialmente qualificata dall'elemento psicologico che la contrassegna, perché risulta rilevante per un'ipotesi di cooperazione solo quando risulti caratterizzata dalla adesione psicologica al disvalore dell'azione altrui”*<sup>43</sup>.

La migliore dottrina che aderisce a questa seconda concezione<sup>44</sup> argomenta a partire dalla constatazione che vi sono *“comportamenti di cooperazione nel delitto colposo che, di per sé, non presentano alcun carattere di oggettiva negligenza, imprudenza o imperizia e che, isolati dal contesto delle altre azioni di cooperazione, a cui sono legati soltanto per una relazione psicologica, non potrebbero in nessun caso costituire dei delitti colposi a sé stanti”*<sup>45</sup>. Riprendiamo l'esempio del boscaiolo che abbandona la fascina di legna nella foresta: certo questo comportamento non viola di per sé alcuna regola di prudenza (come potrebbe? In fondo, si tratta di lasciare della legna in mezzo a tronchi di alberi, foglie ed erbe, materiale naturalmente infiammabile); è immediatamente evidente come, al contrario, ad essere

---

<sup>43</sup> Scarna di motivazione, sul punto, anche se assolutamente netta, è la posizione di C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Torino, UTET, 2016, p. 583, che giunge a tale affermazione sulla scorta di una *“costante giurisprudenza”* (Cass. pen., sez. IV, sent. 23 gennaio 1976, in *Cass. pen. mass.* 1978, p. 17, m. 15; Cass. pen., sez. IV, sent. 31 maggio 1983, *ivi*, 1984, p. 227, m. 193; Cass. pen., sez. IV, sent. 15 novembre 1986, in *Riv. pen.*, 1987, p. 980; Cass. pen., sez. IV, 20 febbraio 1990, in *Cass. pen. mass.*, 1991, p. 1771, m. 1322).

<sup>44</sup> Si veda, per esempio, la lucida ricostruzione di A.R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, cit., pp. 615 ss.

<sup>45</sup> A.R. LATAGLIATA, *op. ult. cit.*, p. 615.

rimproverabile sia l'altro atteggiamento, quello del passante che decide di accendere un fuoco per riscaldarsi senza adottare nessuna cautela. Un caso affine è quello del venditore di automobili che consegna un'autovettura ad un cliente munito di patente e spiegandogli tutte le particolarità del veicolo (realizzando così non un fatto pericoloso e rimproverabile, ma addirittura un'attività pienamente inerente alla sua occupazione professionale), e il guidatore per una colpevole distrazione investe e uccide un passante. In entrambi i casi, è assolutamente indubbio che la prima condotta è antecedente causale della seconda, ma questo non è sufficiente per imputare l'evento a titolo di colpa al primo soggetto: vi è infatti uno sbarramento rilevante sul piano soggettivo, poiché è assente la coscienza dell'altrui atteggiamento colposo.

Al contrario, se A ha nozione della condotta negligente, imprudente, imperita o comunque contraria a regole cautelari di B, il suo apporto diventa per ciò solo rilevante, si colora – per così dire – di una nota soggettiva tipicizzante, su cui si innesta il rimprovero: avendo coscienza di quanto sarebbe stato colposamente messo in atto da B, e non avendo mutato il suo atteggiamento, A ha agito a sua volta in modo rimproverabile.

Tale nota di rimprovero deriva dal fatto colposo altrui; si tratta quasi di un riverbero che investe anche la prima condotta, ma, nella prospettiva che stiamo esaminando, può risalire ad essa solo ed esclusivamente in presenza di un legame psichico. Infatti, *“per rispondere del reato colposo commesso da altri, occorre che la negligenza, imprudenza o imperizia che sta all'origine del delitto sia la stessa a cui il concorrente ha consapevolmente aderito”*<sup>46</sup>. Il partecipe A può essere rimproverato per colpa perché analogo atteggiamento è presente nell'autore B e, attraverso il collegamento psicologico che abbiamo illustrato, tale carattere colposo, per così dire, si duplica e si riproduce in capo al partecipe.

---

<sup>46</sup> *Ibidem*. Precisa l'autore che al medesimo risultato giunge anche quella dottrina che, nel caso della mancata rappresentazione, ritiene assente il necessario rapporto di “causalità adeguata” tra l'azione del primo soggetto e l'evento. Lo spunto, benché interessante, se sviluppato porterebbe troppo lontano. Ci limitiamo qui a riferire che Latagliata sottolinea come il concetto di adeguatezza causale coincida con quello di oggettiva negligenza, imprudenza, imperizia (A.R. LATAGLIATA, *op. ult. cit.*, nota 10).

Un punto di vista interessante per meglio comprendere questa sorta di “tipicità derivata” è quello della cooperazione colposa nei reati propri. Deve premettersi che, di per sé, il fenomeno concorsuale del reato proprio ha dato origine ad un dibattito circa la possibilità che a compiere materialmente il fatto di reato sia l’“estraneo” (B), il soggetto privo della qualifica presupposta per l’integrazione della fattispecie, mentre l’*intraneus* cooperi con questo (A). Ad una risposta affermativa è pervenuta la più recente giurisprudenza<sup>47</sup>, anche se parte della dottrina propende per l’opposta soluzione, sottolineando la necessità del rispetto del principio di legalità, che differentemente risulterebbe sostanzialmente violato<sup>48</sup>. Sulla scorta di questa interpretazione più restrittiva, nel caso della cooperazione colposa, potrà ravvisarsi responsabilità del soggetto A che coadiuva l’azione dell’*intraneus* solo se quest’ultimo è in colpa. Un esempio chiarirà la questione; si pensi all’art. 387 c.p., che disciplina l’agevolazione colposa di evasione, e che è un reato proprio in quanto l’agente deve essere necessariamente un soggetto che abbia la custodia di persone detenute. Se un secondino incoraggia un amico a fabbricare dei fuochi artificiali per pure ragioni artistiche, e durante la produzione uno scoppio improvviso causa uno sventramento della camera di sicurezza in cui si trova il detenuto che riesce ad evadere, non potrà configurarsi il reato proprio, dal momento che l’origine dell’evento giuridico è stata la negligente condotta di chi ha utilizzato la polvere da sparo, e non del secondino. Al contrario, nel caso il secondino venga indotto da un amico a non controllare una delle chiusure difettose della porta della cella, l’agevolazione colposa dell’evasione sarà stata causata non solo dalla guardia, ma anche dall’istigatore, sul quale si riverbera quella omissione negligente che fonda il doveroso rimprovero dell’ordinamento.

Non mancano studiosi che hanno sottolineato il ruolo assolutamente determinante della componente soggettiva così intesa, e ciò per vari ordini di ragioni.

---

<sup>47</sup> Cfr., per esempio: Cass. pen., sez. VI, sent. 25 gennaio 2013, n. 21192, in CED, n. 255365; Cass. pen., sez. VI, sent. 23 settembre 2008, n. 42795, *ivi*, n. 242800; Cass. pen., sez. VI, sent. 02 maggio 2008, n. 35850, *ivi*, n. 241204.

<sup>48</sup> Per questi rilievi, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 519 ss.

In primo luogo, nel concorso di persone, con l'eccezione dei casi disciplinati dagli articoli 116 e 117 c.p., non ha rilevanza la responsabilità oggettiva, scevra dalla considerazione della colpevolezza. Vi sono particolari norme che disciplinano e conferiscono rilevanza a forme di partecipazione ad un fatto antiggiuridico, benché commesso da un soggetto non colpevole, e dunque non rimproverabile (basti pensare agli artt. 111 e 119 c.p.), ma non vi è alcuna disposizione che regoli il contrario, ovvero la partecipazione non colpevole in un fatto colpevole e punibile. Le uniche eccezioni, lo si accennava, sono i casi di concorso nel reato proprio e di concorso in fatto diverso da quello voluto. Il riferimento a queste ipotesi, tuttavia, richiede due specificazioni. In primo luogo, oggi, a fronte dei profondi mutamenti nella fisionomia della c.d. responsabilità oggettiva intervenuti a seguito delle storiche pronunce della Corte costituzionale e della Cassazione, nonché dell'interpretazione conforme che da quel momento si impone, tali ipotesi devono essere rilette alla luce del coefficiente colposo, e dunque non esorbitano più dall'ambito della colpevolezza<sup>49</sup>. Tuttavia, anche parte della dottrina anteriore a tale reinterpretazione le prendeva in considerazione come ipotesi da cui ricavare *a contrario* la normale centralità del requisito psicologico nella forma di responsabilità concorsuale. Quindi non sembra che il fenomeno della plurisoggettività eventuale possa prescindere dall'analisi del requisito psichico del partecipe<sup>50</sup>.

Un'altra considerazione particolarmente significativa in tale ambito è quella che muove dalla constatazione di una certa limitatezza della norma codificata dall'art. 113 c.p. Come abbiamo visto, tale fonte sembra, infatti, insufficiente a disciplinare tutti i casi di concorso nel reato colposo<sup>51</sup>. E ciò, essenzialmente, per la limitazione testuale del tutto evidente, laddove la formulazione parla di cooperazione nel *delitto* colposo, il che escluderebbe dall'ambito applicativo della norma le contravvenzioni. D'altra parte, né nel codice penale, né in altre leggi o fonti del diritto, si possono trovare norme che impediscano di considerare estensibile anche alle contravvenzioni il fenomeno

---

<sup>49</sup> Cfr. nota 26.

<sup>50</sup> M. SPASARI, *Profili di teoria generale*, cit., pp. 73 ss.

<sup>51</sup> M. SPASARI, *ivi*, pp. 7 ss.

concorsuale colposo. Così, per trovare una base normativa, diviene necessario fare ricorso allo stesso articolo 110 c.p. che, data la sua formulazione generale, è suscettibile di essere applicato anche ai casi di cooperazione nelle contravvenzioni colpose. L'art. 42 c.p. richiede la presenza di un'espressa norma incriminatrice per la punizione dei delitti a titolo di colpa e l'art. 113 afferma la possibilità di punire le ipotesi di cooperazione nel delitto colposo, come l'art. 110 lo fa per le contravvenzioni.

Se le due norme, art. 110 e art. 113, devono essere poste sullo stesso piano e lette in combinato disposto al fine di identificare una base normativa più completa alla quale far riferimento al fine di disciplinare le singole ipotesi di cooperazione colposa, allora al coefficiente della colpa nel reato plurisoggettivo eventuale deve essere assegnata la stessa importanza e, per così dire, la stessa dignità che ha ricevuto il dolo: i due requisiti psicologici possono essere quindi visti quasi come specie di un unico genere<sup>52</sup>.

Circa il contenuto di questo elemento soggettivo, la conclusione è nel senso di una somiglianza tra la colpa del partecipe e la colpa del soggetto che agisce indipendentemente da altri, con un'integrazione necessaria. Come nel dolo sono presenti, accanto alla coscienza e volontà della propria azione, la consapevolezza di partecipare con altri soggetti e l'intenzione di causare l'evento finale, allo stesso modo *“rispetto alla partecipazione colposa, poiché manca l'intenzionalità dell'evento tipico, [occorre] almeno la coscienza di tenere una condotta imprudente (in senso lato) e di accedere all'altrui comportamento ugualmente caratterizzato”*<sup>53</sup>. La semplice consapevolezza di stare cooperando con un altro soggetto sarebbe pertanto insufficiente. La motivazione addotta da questa dottrina risiede in una ben determinata concezione della colpa, che viene presentata come *“volontà caratterizzata dall'errore inescusabile”*<sup>54</sup>, vale a dire che l'agente che versa in colpa è consapevole di tenere la propria condotta e vuole realizzare un evento lecito, ma per un errore realizza anche, o soltanto, un evento illecito; oppure crede di volere un evento lecito, ma non lo realizza, determinandone, al contrario, uno

---

<sup>52</sup> M. SPASARI, *ivi*, cit., p. 79.

<sup>53</sup> M. SPASARI, *ivi*, cit., p. 80.

<sup>54</sup> M. SPASARI, *ivi*, cit. p. 128 per questa espressione sintetica; nelle pagine precedenti (pp. 109-128) viene esplicitata tale concezione.



illecito. In ogni caso, non si può prescindere da un determinato elemento di volontà presente anche nella colpa, che pure – sempre secondo la dottrina in esame – non si deve sovrapporre alle note tipiche del dolo. Ciò che distinguerebbe il dolo dalla colpa sarebbe, allora, una pura e semplice rappresentazione esatta. Ora, se il partecipe deve versare in colpa, ciò vuol dire che deve porre la sua volontà verso la realizzazione di un evento finale, anche se per un errore inescusabile.

In senso sostanzialmente conforme alla teoria esposta, altra dottrina afferma che *“senza la consapevolezza di accedere ad una condotta negligente altrui l’attività del complice in quanto accessoria e inadeguata non può essere punita, o può costituire tutt’al più un delitto d’intensità minore. Ma è giusto invece che, a causa della consapevolezza, si addivenga nei riguardi del complice ad una sanzione perché oltre all’integrazione meramente causale ed oggettiva della sua condotta a quella dell’autore ci troviamo di fronte anche alla consapevolezza ed alla volontarietà di accedere a quest’ultima”*<sup>55</sup>.

Ci sembra, quindi, di poter affermare che la ragione della necessità di intendere in questo modo la coscienza dell’azione altrui sia, essenzialmente, legata alla necessità di individuare un nucleo di disvalore su cui fondare il rimprovero. Questo nucleo non sarebbe completo laddove mancasse la consapevolezza del carattere colposo dell’azione dell’autore B. Aggiungiamo, inoltre, che tanto Spasari quanto Bettiol sembrano fare derivare questa nozione di elemento soggettivo con grande naturalezza semplicemente dalla concezione della colpa da loro adottata, quasi che nella prevedibilità – o previsione, nel caso sussista l’aggravante di cui all’art. 61, comma 1, n. 3 c.p. – dell’evento non possa che essere implicata la coscienza del carattere colposo della condotta altrui.

#### ◆ Le critiche

L’interpretazione che abbiamo qui riportato ha subito diverse critiche, e per vari ordini di motivi.

---

<sup>55</sup> Così G. BETTIOL, *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, cit., p. 23.

In primo luogo, parte della dottrina ha sostenuto che vincolare la cooperazione colposa al necessario presupposto che l'agente sia consapevole del carattere colposo dell'azione dell'autore significa limitarne il possibile campo di applicazione ai casi di colpa con previsione dell'evento; si tratta, infatti, di un requisito che va ad arricchire gli elementi della fattispecie che devono essere soddisfatti perché lo strumento della cooperazione colposa possa dispiegare la sua efficacia<sup>56</sup>.

Per di più, tale selezione si muove nel senso di sottolineare l'importanza dell'elemento psicologico della colpa, a discapito di una valutazione in chiave normativa<sup>57</sup>. È stato fatto notare che in questo modo il concorso colposo andrebbe escluso ogni volta che nessuno, tra i soggetti attivi, si sia *“soffermato a riflettere sulla pericolosità dell'altrui condotta e quindi sull'astratta possibilità che dalle condotte concorsuali derivi l'evento, pur se tale situazione può apparire dotata di un maggiore disvalore soggettivo di quella in cui i soggetti, rappresentandosi la pericolosità delle proprie condotte, abbiano agito con la 'sicura fiducia di essere in grado di scongiurare il verificarsi dell'evento previsto', con conseguente irragionevole disparità di trattamento di situazioni simili”*<sup>58</sup>. Vi sono poi casi, soprattutto di colpa specifica, in cui la regola cautelare è stata per così dire interiorizzata, e la sua consapevolezza è molto diffusa, ma per questo motivo tale coscienza non si accompagna alla previsione dell'evento lesivo: è assai probabile che il passeggero che convince il guidatore a superare i limiti di velocità si rappresenti di spingerlo a tenere una condotta colposa anche laddove non si rappresenti l'evento morte del pedone. In questi casi, la dottrina dubita dell'opportunità di fondare il rimprovero colposo sulla rappresentazione delle conseguenze pregiudizievoli e non, per esempio, sulla loro rappresentabilità<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Così F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, cit., p. 47.

<sup>57</sup> Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 609. Per un'interessante riflessione sul tema si veda anche: Cass. pen., sez. IV, sent. 7 aprile 2004, n. 25311, in CED, n. 228927 e in *Diritto pen. e proc.*, 2004, p. 1081.

<sup>58</sup> Così P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 91.

<sup>59</sup> Cfr. ancora P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 91-92.

Una contro-obiezione argomenta nel senso che i due requisiti sono concettualmente distinti e tali devono restare: la consapevolezza che un'altra persona sta violando delle regole di prudenza o delle norme specifiche non può essere sovrapposta *sic et simpliciter* alla previsione dell'evento lesivo che da tali norme potrebbe scaturire<sup>60</sup>.

Un'altra critica ha addirittura sottolineato che in questo modo si giungerebbe a limitare l'operatività della norma alle ipotesi di dolo eventuale<sup>61</sup>.

Ancora, si è obiettato che il requisito della rappresentazione del carattere colposo è frutto di una introduzione surrettizia e arbitraria da parte della dottrina, non essendo previsto dalla norma incriminatrice<sup>62</sup>.

Un'ulteriore considerazione riguarda, invece, l'autonomo carattere colposo della condotta del partecipe. È stato infatti sostenuto che *“il carattere colposo non è mai una qualità intrinseca all'azione isolata dal suo contesto ma una qualifica che si ricava alla considerazione di tutte le circostanze concrete conosciute o riconoscibili ex ante, che accompagnano l'azione. Se è così, pare un pregiudizio il volere isolare a priori, dando loro un'autonoma rilevanza, certi elementi o circostanze di fatto [...] per poter poi dare operatività al principio dell'efficacia estensiva del concorso colposo”*<sup>63</sup>. In altre parole, il partecipe può essere chiamato a rispondere del reato colposo indipendentemente dal fatto che l'autore abbia agito con colpa, solo che l'evento verificatosi sia tra quelli che la norma si proponeva di impedire e che sussistano le altre condizioni per un autonomo rimprovero. Un esempio chiarirà il ragionamento: il soggetto che consegna un fucile senza accertarsi che sia carico ad un amico il quale spara e uccide involontariamente un uomo avrebbe dovuto – secondo questa concezione – evitare di consegnare l'arma, in quanto le normali regole di prudenza impongono di evitare di tenere un simile atteggiamento, e ciò proprio al fine di evitare la morte di altri soggetti; allo stesso modo, il passeggero che viene trasportato in auto dovrà evitare di istigare il guidatore all'accelerazione oltre i limiti di velocità. In

---

<sup>60</sup> L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 155-156.

<sup>61</sup> G. GRASSO, *Sub Art. 113*, cit., pp. 234 ss., in part. p. 238.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> Così F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, cit., p. 61.

questo senso, a differenza di quanto sostenuto da Latagliata, non è il rimprovero mosso all'autore a riverberarsi sul partecipe, ma quest'ultimo è destinatario di un autonomo precetto e, dal momento che non vi ottempera, di un autonomo rimprovero. È assai interessante la conclusione che si deve trarre da una simile premessa: la norma sulla cooperazione colposa in tutti i reati a forma libera non allargherebbe l'area della tipicità<sup>64</sup>. Il problema delle funzioni della norma sulla cooperazione verrà approfondito *infra*.

◆ *La semplice consapevolezza di cooperare alla condotta altrui*

La maggior parte della dottrina ritiene che il requisito soggettivo necessario sia, semplicemente, quello della consapevolezza della cooperazione con la condotta altrui. Tale idea sembra trasparire fin dalla *Relazione al Re* che accompagnò la stesura del codice penale<sup>65</sup>, ed è stata ripresa da molti studiosi, che hanno osservato come il partecipe A semplicemente abbia la volontà di intersecare la propria condotta a quella altrui, quando ciò comporti la violazione di regole cautelari e o di gestione del rischio per evitare un evento lesivo: non, quindi, la coscienza che l'autore (B) stia versando in colpa, ma di essere in colpa mentre sta cooperando con questi<sup>66</sup>.

È stato detto che l'elemento soggettivo ha fondamentalmente tre pilastri: da un lato, l'assenza di volontà di cagionare un evento (che lo distingue dal concorso doloso); dall'altro, la volontà di concorrere alla realizzazione della condotta comune o della condotta altrui (la stessa deve essere sì contraria alla violazione della condotta altrui, ma non si tratta di una consapevolezza che deve avere il partecipe, bensì di un aspetto

---

<sup>64</sup> Sembra così confermare F. ANGIONI, *ivi*, pp. 61-62.

<sup>65</sup> Cfr. *Relazione del Guardasigilli sul Libro I del progetto definitivo*, in AA.VV., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., n. 319.

<sup>66</sup> Cfr. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, a cura di R. Guerrini, VI ed., Torino, Giappichelli, 2017, pp. 514-5015. In senso analogo, T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 343.

oggettivo; questo elemento consente di distinguere la cooperazione dal concorso di cause indipendenti); infine, la previsione o prevedibilità ed evitabilità dell'evento criminoso (come misura oggettiva della colpa che non può non accompagnarsi a quella soggettiva)<sup>67</sup>: attribuire un'importanza determinante alla coscienza del carattere colposo dell'azione altrui sarebbe quindi – così possiamo dedurre – un'esasperazione e, allo stesso tempo, un travisamento del secondo pilastro.

Significativa, poi, la ricostruzione di quella dottrina che ha argomentato, a partire dalla volontà di considerare il fenomeno concorsuale in senso unitario, sulla necessità di definire l'elemento soggettivo in termini che siano adattabili tanto al coefficiente del dolo quanto a quello della colpa. L'atteggiamento psicologico del partecipe, secondo tale visione, non potrà espandersi fino a ricomprendere i diversi atteggiamenti psicologici dell'agente, il che significa che dovrà essere ridotto alla consapevolezza dell'interazione tra le condotte. *“L'elemento soggettivo della compartecipazione in quanto tale si sostanzia, pertanto, nella consapevolezza, nella rappresentazione dell'agire altrui cooperante con il proprio; consapevolezza e collegamento di carattere psicologico necessari per far assurgere nell'ambito del concorso di persone un combinarsi oggettivo di condotte altrimenti destinato a dar vita ad una pura convergenza e combinazione di fattori concausali. Solo in presenza di tale componente soggettiva si può affermare che concorrono le persone e non solo le condotte nel loro aspetto materiale”*<sup>68</sup>. Tale consapevolezza è quindi, semplicemente, la *suitas* della condotta, *“adattata alle peculiarità della fattispecie concorsuale”* che, anziché limitarsi a prendere coscienza della condotta di un soggetto, si espande a considerare che vi sono altre condotte i cui sviluppi causali si intersecheranno con la prima<sup>69</sup>.

Si noti, peraltro, che su tali premesse è stato anche affermato come non sia indispensabile la reciprocità di tale consapevolezza, neppure nel caso della cooperazione colposa: semplicemente, laddove soltanto uno dei soggetti abbia questa coscienza dell'interazione della propria condotta con l'altro, soltanto a lui si applicheranno le

---

<sup>67</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 527-528.

<sup>68</sup> Queste le illuminanti parole di S. PROSDOIMI, *Dolus eventualis*, cit., pp. 193-194. Si veda anche F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., pp. 186 ss..

<sup>69</sup> Questa la valutazione che ne dà S. CORBETTA, *Sub Art. 113*, cit., pp. 1811 ss.

norme sul concorso. Non si intende qui il caso in cui entrambi i soggetti siano consapevoli dei singoli apporti causali ma solo la condotta di uno sia accompagnata dalla colpevolezza; in questa situazione l'autore non ha addirittura coscienza dell'interazione con il partecipe<sup>70</sup>. Qualche esempio ci può aiutare: A, con l'intenzione di fare uno scherzo a B, un suo amico particolarmente fumantino, fabbrica ad arte delle false prove del tradimento di C, moglie di quest'ultimo, e gliela fa trovare senza che lui abbia la minima coscienza delle sue azioni; se durante il furioso litigio che ne segue B dà una spinta a C e ne cagiona colposamente la morte, ad A potrà essere imputato l'evento morte a titolo di colpa, e a lui potranno applicarsi tutte le regole sul concorso, anche se B non ha avuto coscienza dell'interazione tra le condotte umane. Lo stesso dicasi per il concorso materiale: se A abbandona incautamente la pistola carica in una stanza, e B, dopo averla trovata, vi armeggia con fini meramente ludici, cagionando tuttavia la morte di C, le norme sul concorso si applicheranno solo al primo soggetto.

L'esposizione più estrema di questo modo di intendere l'elemento soggettivo della cooperazione afferma la sufficienza di una pura e semplice rappresentazione della condotta esteriore dell'agente, dal momento che, se il partecipe conoscesse in modo esatto tutte le caratteristiche del comportamento altrui che lo rendono un presupposto dell'offesa, ciò si tradurrebbe in un atteggiamento doloso. Infatti, il coefficiente di rappresentazione sarebbe tanto forte che la semplice partecipazione non potrebbe non essere accompagnata dalla volontà<sup>71</sup>. La rappresentazione dell'altrui condotta viene presentata come necessaria per spiegare alcuni aspetti della disciplina del concorso quale, ad esempio, il fatto che molte circostanze presuppongano la consapevolezza di un agire comune; inoltre, anche l'applicazione delle circostanze oggettive risulterebbe assai curiosa, laddove si volesse omettere la consapevolezza dell'agire altrui, come ad esempio nel caso dell'art. 112, n. 1: sarebbe corretto aggravare la pena per tutti i cinque o più soggetti che hanno realizzato insieme il fatto di reato anche qualora gli stessi non abbiano la benché minima consapevolezza del fatto che altri stanno agendo?

---

<sup>70</sup> Cfr. S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., pp. 194 ss.

<sup>71</sup> M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 125.

In presenza di questo requisito psichico, le condotte verranno assoggettate alla disciplina del concorso; in assenza dello stesso, no, ma potranno pur sempre rilevare dal punto di vista monosoggettivo. Infatti, è sufficiente che abbiano contribuito causalmente a creare l'evento-reato perché venga attribuita la conseguente responsabilità penale. Presupponendo che tutti i reati colposi siano causalmente orientati, e adottando una teoria della colpa strettamente normativa, tutta incentrata sul disvalore che consegue alla violazione di regole cautelari o di norme specifiche, si comprende come il legame tra le diverse condotte, che non può essere normativo, ma solo soggettivo – appunto, in termini di rappresentazione – non aggiunga né tolga nulla alla qualifica colposa del singolo atteggiamento<sup>72</sup>. Ecco dunque che la cooperazione colposa si esaurisce esclusivamente in termini di disciplina, senza comportare uno stravolgimento del fondamento di incriminazione delle singole condotte<sup>73</sup>.

◆ *L'elemento soggettivo in senso normativo: premessa*

Parte della dottrina propone un'alternativa che valorizza l'aspetto più strettamente normativo della colpa.

Tale concezione muove, in primo luogo, da alcune critiche nei confronti degli orientamenti che abbiamo delineato. Viene infatti evidenziato che tali elaborazioni non forniscono una base sufficiente per definire la rimproverabilità del partecipe. Richiedere la consapevolezza di interagire con un altro soggetto non esprimerebbe nulla sul motivo per cui A debba rispondere a titolo di colpa di un fatto che è materialmente realizzato da B; in tal senso, la sua rimproverabilità sarebbe dipendente dalle “*modalità esecutive dell'autore*”<sup>74</sup>, dal fatto che il secondo sia o meno in colpa. In altre parole, secondo questa concezione, agli automobilisti che procedono su strade separate senza vedersi e si scontrano all'incrocio travolgendo un pedone non potrebbe essere contestata la

---

<sup>72</sup> M. GALLO, voce *Colpa penale*. *Diritto vigente*, cit., pp. 623 ss.

<sup>73</sup> M. GALLO, *Lineamenti*, cit., pp. 115 ss.

<sup>74</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., p. 77.

cooperazione colposa, perché manca ogni minimo collegamento psicologico tra le condotte. Al contrario, l'infermiere che confonde le sostanze e passa il veleno al collega, per il solo fatto di sapere che la preparazione del medicinale sarà completata da un altro soggetto, è un cooperante nel fatto colposo. Tanto nel primo quanto nel secondo caso, nulla è precisato rispetto all'atteggiamento che il primo soggetto avrebbe dovuto tenere, e dunque nessuna conclusione si può trarre circa il carattere colposo della sua condotta.

Anche contro la teoria che afferma la necessità di rappresentazione estesa al carattere colposo dell'altrui condotta, viene obiettato che a tale elemento psicologico è stato attribuito un peso eccessivo. Infatti, nell'ambito di una fattispecie a forma libera, se il partecipe contribuisce causalmente alla realizzazione dell'evento, ciò che bisogna chiedersi è se *egli* abbia violato delle regole di prudenza, se abbia agito con negligenza o imperizia, ovvero abbia trasgredito a specifiche regole cautelari. Così, nel caso del boscaiolo che accumula le fascine e le lascia nel bosco per il compagno che lo segue di lì a poco, la responsabilità del primo per l'incendio colposamente appiccato dal secondo non può fondarsi solo sulla sequenza causale e sulla rappresentazione dell'imprudenza con cui l'altra persona si sarebbe comportata. È necessario valutare l'evento lesivo che si è verificato, le concrete modalità del fatto e il nesso causale, individuare la regola da osservare e la violazione, e verificare i nessi tra la colpa e l'evento. In questo caso, si può affermare che il comportamento sarebbe di per sé colposo in virtù della norma di parte speciale, e che la cooperazione, in molti casi, rappresenti un semplice elemento ulteriore: *“la circostanza, poi, che le concrete modalità del fatto [comprendano] anche la rappresentazione dell'altrui agire colposo costituisce una delle varie possibilità di atteggiarsi della violazione della regola precauzionale, in ipotesi di esecuzione plurisoggettiva, ma non certamente l'unica”*<sup>75</sup>.

Peraltro, non mancano casi in cui la rappresentazione dell'altrui condotta manca del tutto, come nell'esempio di A che lascia una pistola carica incustodita in una stanza dove è prevedibile che alcuni bambini vadano a giocare. Effettivamente, alcuni di loro entrano nella stanza e B, uno di loro, maneggiando la pistola fa partire un colpo e uccide l'amico C. Nel partecipe è qui assente ogni tipo di rappresentazione effettiva dell'altrui

---

<sup>75</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., p. 81.



condotta, mentre si dovrà discutere della rappresentabilità. Eppure, si potrà dire che in relazione a questi casi la responsabilità concorsuale deve essere esclusa<sup>76</sup>?

Critiche affini possono essere formulate con riferimento al caso dell'induzione a commettere un delitto colposo, in cui, ovviamente, colui che contribuisce moralmente si rappresenta sempre la condotta dell'autore materiale, perché esercita appunto una certa influenza su questo. Ciò che può cambiare è la consapevolezza del fatto che l'autore materiale versi in colpa; eppure, anche in questo caso, il discrimine tra l'attribuzione di responsabilità al partecipe e la sua assenza non dipende da tale rappresentazione, bensì dal fatto che l'evento finale fosse prevedibile, anche sulla base di tale rappresentazione. Riprendiamo gli esempi del passeggero A e del guidatore B: se il primo non è consapevole del difetto dei freni alla macchina di B, non potrà rispondere per colpa dell'omicidio del pedone, non perché non si è rappresentato le imprudenze che B stava realizzando alla guida, ma perché l'evento finale non era per lui prevedibile; al contrario, se ben conosce i limiti di velocità e il normale traffico su quella strada, ma convince B a tenere una velocità pericolosa, risponderà della morte del pedone, che era certamente un esito prevedibile, ancorché non voluto, della sua azione di convincimento morale.

Le obiezioni qui delineate vanno lette in una sorta di combinato disposto con quelle – già esposte precedentemente – che criticano la teorizzazione di un requisito non richiesto dalla normativa: è vero che ci sono disposizioni sulle circostanze del concorso (artt. 111 e 112, comma 1, nn. 3 e 4) in cui la rappresentazione dell'altrui condotta è data per necessaria, dal momento che si parla di determinazione a commettere un reato, ma è altrettanto vero che quelle norme disciplinano un requisito eventuale – e non costitutivo – del reato (appunto le circostanze).

Secondo le critiche qui riportate, non sarebbe possibile identificare come elemento soggettivo caratterizzante della cooperazione colposa la rappresentazione dell'altrui condotta.

---

<sup>76</sup> Si badi: in alcuni di questi casi, comunque sia, sarebbe possibile imputare il partecipe con le forme della responsabilità monosoggettiva. Non è però questo l'oggetto del nostro discorso: non stiamo infatti trattando della funzione incriminatrice o della funzione di disciplina del concorso – benché si tratti di un aspetto collegato su cui ci soffermeremo in seguito – ma soltanto del significato teorico dell'elemento soggettivo nella cooperazione colposa.

◆ (segue): *la prevedibilità della condotta altrui concorrente con la propria*

La teoria che esporremo è l'alternativa suggerita dai fautori di una concezione "normativa", critici verso chi identifica nell'elemento della rappresentazione della condotta o della condotta colpevole dell'autore, il "nesso soggettivo" proprio della cooperazione colposa. Tale proposta è, per così dire, bipartita: separa nettamente, infatti, la soluzione proposta per i reati a forma libera e per quelli a forma vincolata. Anche nella nostra esposizione seguiremo questa distinzione, per trarre in seguito le conclusioni circa la diversa operatività di questa figura nei due gruppi di norme.

Iniziamo dunque dai *reati causalmente orientati*. Parte della dottrina suggerisce di declinare l'elemento soggettivo del concorso di persone nel reato (non nella rappresentazione, bensì) nella prevedibilità della condotta altrui concorrente con la propria. Questo elemento *"verrebbe a precisare la regola di diligenza violata, la quale avrebbe un duplice parametro di riferimento: la prevedibilità della condotta altrui e, attraverso di essa, la prevedibilità dell'evento finale. Oppure verrebbe a delimitare la rilevanza della violazione di leggi attraverso l'elemento negativo dell'assenza di situazioni che escludano, nell'incrociarsi delle due condotte, la prevedibilità dell'evento"*<sup>77</sup>.

Come dovrebbe operare questo elemento?

I soggetti che cooperano colposamente alla realizzazione del reato, anche se non hanno la coscienza dell'agire altrui, o dell'altrui agire colposo, hanno la possibilità di acquisirla; è attraverso questo coefficiente (di rappresentabilità dell'altrui condotta colposa) che il rimprovero diventa personale e acquisisce una nuova forma di tipicità. Diventa personale, in quanto si stabilisce una forma di relazione psichica tra le varie condotte, e *quindi* tra queste e l'evento; non, semplicemente, tra ogni singola condotta e l'evento finale. Acquisisce una nuova tipicità in quanto – inutile nasconderselo – la stessa condotta, proprio per aver contribuito a cagionare l'evento finale, può essere considerata tipica alla luce della norma incriminatrice nella forma monosoggettiva. Ma la tipicità di cui ora questa condotta è rivestita è *nuova*, dal momento che cambia il

---

<sup>77</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Cooperazione*, cit., pp. 103-104.

contenuto della norma incriminatrice violata: non si rimprovera all'agente di non essersi attivato come avrebbe dovuto per impedire la realizzazione di un evento, bensì di non aver previsto, quando gli era possibile, che insieme ad un altro soggetto la sua condotta sarebbe stata causa dell'evento, e di non aver agito di conseguenza.

Per quanto riguarda la compatibilità con i dati normativi, la soluzione proposta si inserisce, da un lato, nel silenzio del legislatore sul particolare coefficiente del concorso colposo<sup>78</sup>; dall'altro, si accorda con il concetto normativo di colpa poiché afferma un requisito in termini di prevedibilità, arricchendo la norma cautelare che si assume violata. Infine, utilizzare questa base soggettiva come collante tra le singole condotte non impedisce di tenere conto dell'effettiva coscienza dell'altrui condotta e persino del carattere colposo della stessa, che, al contrario, possono essere valorizzati quali elementi eventuali e dunque aggiuntivi che si innestano su questa base minima e la vanno ad arricchire. Nulla impedirà, per esempio, di ritenere che solo in presenza di tale rappresentazione ci sia la possibilità di riconoscere le circostanze di cui all'art. 112 c.p.

Pertanto: innanzitutto, il primo elemento psicologico di cui è necessario verificare la sussistenza è la prevedibilità dell'evento finale, che riassume e polarizza il disvalore dell'altrui condotta. Se è presente questo requisito, ciò significa che la condotta è, di per sé, tipica.

In secondo luogo, sarà necessaria la verifica dell'ulteriore atteggiamento psicologico del cooperante, rispetto agli aspetti concorsuali, che quindi consente di formulare l'imputazione in termini di cooperazione colposa, e non di semplice concorso di cause indipendenti. Potrà esserci rappresentazione vera e propria dell'interazione e del carattere colposo delle condotte altrui. E questa rappresentazione “*costituisce il tramite*

---

<sup>78</sup> Bisogna riferire che un'autrice, al momento in cui ha formulato questa teoria, trovava una conferma delle sue supposizioni nell'allora vigente comma 2 dell'art. 118 c.p., che così disponeva: “*le circostanze soggettive, non inerenti alla persona del colpevole, che aggravano la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato, stanno a carico anche degli altri, sebbene non conosciute, quando hanno servito ad agevolare l'esecuzione del reato*”. Tale espansione della possibilità di riconoscere le circostanze non poteva che fondarsi, visto il difetto dell'attuale rappresentazione, sulla prevedibilità. Come noto, la disposizione è stata sostituita dall'art. 3 l. 7 febbraio 1990, n. 19, e oggi le circostanze soggettive sono valutate solo in relazione alla persona cui si riferiscono. Cfr. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., pp. 110 ss.

*più diretto ed immediato per valutare la prevedibilità dell'evento che si è poi in concreto verificato e costruire o delimitare attraverso di essa la regola preventiva violata".* Quindi, se un pedone viene investito quando la gara non autorizzata tra automobili è già conclusa da uno solo degli agenti mentre sta tornando a casa, non per questo a tutti coloro che hanno partecipato potrà essere imputato l'evento morte: solo gli eventi collegati a quella specifica rappresentazione di interazione tra condotte colpose si potranno addebitare.

In tutte le ipotesi in cui, invece, la colpa si struttura indipendentemente da un'effettiva rappresentazione della condotta altrui, entra in gioco il fattore della prevedibilità di questa. Anche in tale ipotesi, svolge un ruolo di limite: la condotta altrui deve rappresentare uno sviluppo causale prevedibile della propria, perché *"solo in questo modo l'evento finale è riferibile anche al partecipe che ha posto in essere solo la prima delle condizioni necessarie al verificarsi dell'evento"*<sup>79</sup>.

Passiamo ora all'esame dei *reati a forma vincolata*. Come ovvio, in queste fattispecie soltanto la condotta dell'autore è rivestita di tipicità, dal momento che realizza quelle specificità che il legislatore ha individuato nel descriverla. Lo stesso non si può dire per tutte le condotte che ha tenuto il partecipe, fornendo un contributo morale o materiale, ma senza comportarsi nel modo descritto dalla norma incriminatrice. Così è colpevole ai sensi dell'art. 440 c.p., in relazione all'art. 425 c.p., chi colposamente adultera o corrompe acque o sostanze destinate all'alimentazione, prima che siano attinte o distribuite per il consumo, rendendole pericolose per la salute pubblica, per esempio additivando inavvertitamente del veleno durante il processo di imbottigliamento dell'acqua di fonte; non lo sarà invece chi abbandona colposamente la bottiglia contenente veleno in quel locale<sup>80</sup>.

La condotta è resa tipica se sono presenti tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del concorso. Il problema che si presenta è di non poco momento: c'è il rischio di

---

<sup>79</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., p. 117.

<sup>80</sup> Abbiamo qui scelto di utilizzare questo esempio senza discutere sul carattere di tale fattispecie, che soltanto alcuni studiosi ritengono "a forma vincolata". Per ora accogliamo tale qualifica, mentre approfondiremo questo problema nel corso del lavoro.

*“fondare il rimprovero soggettivo su un trasferimento al partecipe ‘atipico’ di obblighi cautelari aventi ad oggetto comportamenti altrui che la norma ha tipicizzato in forma specifica, rendendoli in tal modo non estensibili tout court a comportamenti di semplice partecipazione”*<sup>81</sup>. L’unico modo per scongiurare questo pericolo è – secondo questa prospettiva – rendere diretto e personale il rimprovero anche nei confronti del partecipe. Poiché la condotta dell’autore è, per così dire, l’unico segmento che, all’interno di tale fattispecie plurisoggettiva, è rivestito di tipicità, non può che essere il parametro di riferimento per questo rimprovero. Infatti, la condotta atipica del partecipe contribuisce a causare la condotta tipica dell’autore, e questo collegamento si stabilisce tanto sul piano eziologico, quanto su quello soggettivo. Infatti, *“nei confronti di essa – che si pone come evento finale – deve essere ricostruita la regola cautelare violata, tenuto conto di tutte le concrete modalità del fatto”*<sup>82</sup>. In altre parole, nel domandarsi quale sia il profilo di rimproverabilità di chi non ha autonomamente tenuto una condotta tipica, l’unico parametro di riferimento è la relazione tra la sua azione od omissione e quelle dell’autore. Fatte queste premesse, tuttavia, l’unico profilo soggettivo che è possibile accordare con i risultati qui raggiunti non è quello di un coefficiente psicologico di rappresentazione, bensì quello di un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità, con una valorizzazione dell’aspetto normativo della colpevolezza.

Si badi: prevedibilità ed evitabilità che non si riferiscono all’evento (potrebbero esistere anche reati a forma vincolata di mera condotta), ma alla condotta dell’autore: è questa il secondo termine di relazione. Il disvalore di cui viene investita la condotta del partecipe è del tutto affine al caso dei reati causalmente orientati, anche se la struttura concorsuale è in parte diversa.

Inoltre, forte di questo meccanismo che consente di rendere personale il rimprovero a carico del partecipe, la sua responsabilità potrà essere affermata anche quando l’autore, che tiene quei comportamenti descritti dalla norma incriminatrice, sia esente da colpa. Lo confermano tanto il richiamo, contenuto nell’art. 113 c.p. alle ipotesi di cui agli artt. 111 e 112, quanto l’asserita personalità del rimprovero che è stato

---

<sup>81</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., p. 119.

<sup>82</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *ivi*, p. 120.

mosso al partecipe. Se chi versa materialmente il veleno nell'acqua, credendo che si tratti di una sostanza innocua, opera in una situazione di errore del tutto scusabile, e pertanto in difetto dell'elemento soggettivo, non per questo cade la possibilità di imputare il partecipe per aver contribuito colposamente alla condotta dell'autore.

Ancora, questo processo di personalizzazione del rimprovero penale consente di commisurare la colpa in relazione alle qualità soggettive del partecipe, senza pretendere di trasporre indebitamente su di lui le valutazioni coniate sull'autore<sup>83</sup>.

Una prospettiva leggermente diversa è adottata da chi sottolinea come le singole condotte, per essere definite tipiche ai sensi di un reato colposo debbano necessariamente comprendere la violazione di una "*regola obiettiva di diligenza che possa dirsi direttamente significativa rispetto all'evento cagionato*"<sup>84</sup>. Conseguentemente, si possono individuare alcune condotte che, pur se causali rispetto all'evento finale, non sono tipiche proprio perché non trasgrediscono questa regola. Non si pensi che tale fenomeno sia limitato ai soli reati a forma vincolata: vi possono essere casi anche tra le fattispecie causalmente orientate (così, per esempio, il primo conducente di un autotreno che non si attiva pur vedendo che il collega sta compiendo un'attività dalla quale potrebbe poi derivare l'evento lesivo, ad esempio versare acido nitrico sulla strada, non viola alcuna regola cautelare che sia diretta ad impedire l'evento cagionato).

In questa prospettiva è del tutto evidente che il fattore psicologico di avere contezza dell'attività altrui, o del carattere colposo della stessa, non sposterebbe i termini del problema. Si tratta di un nesso non sufficiente, quindi, ma neppure necessario: ciò che conta, infatti, è la rappresentabilità del carattere colposo dell'azione o dell'omissione altrui<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> In senso analogo, si veda l'elaborazione di L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., pp. 541 ss., che, riprendendo le fila del suo poderoso studio, afferma che è imprescindibile la corretta fondazione del dovere giuridico per poter delineare una forma di rimprovero nella fattispecie plurisoggettiva colposa.

<sup>84</sup> G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., p. 81.

<sup>85</sup> Cfr. G. COGNETTA, *ivi*, pp. 87 ss.

È tuttavia necessario precisare che la regola cautelare violata dal partecipe non si collega ad obblighi di natura primaria, aventi ad oggetto il proprio comportamento e fondati sulla necessità di impedire un'offesa; al contrario, essa potrà fondarsi esclusivamente su obblighi di natura "secondaria", che "*impongono di verificare, controllare, impedire eventuali attività colposa da parte di terzi*"<sup>86</sup>. Si tratta, pertanto, di un concetto di colpa separato da quello presente nella forma di manifestazione monosoggettiva.

La dottrina che stiamo esaminando giunge a questa conclusione – così, almeno, ci sembra – sulla scorta di un'importante premessa: la riconduzione del carattere colposo della condotta, almeno nel suo aspetto oggettivo, all'ambito della tipicità, a quello che potrebbe essere definito il primo elemento del reato. Se una condotta non è in contrasto con una norma di precauzione, allora non è neppure tipica. Per avere cooperazione nel reato colposo deve essere presente un'offesa tipica; questo significa che laddove vi sia un difetto di colpa nell'autore principale, non viene semplicemente a cadere il presupposto della sua responsabilità, ma il nucleo fondamentale sul quale costruire l'intera fattispecie di concorso: se il noleggiatore omette colposamente di verificare che il cliente abbia la patente viola soltanto una regola di diligenza rispetto al controllo della condotta altrui; se quel cliente uccide un uomo, ma senza alcuna colpa, allora nessun rimprovero potrà essere mosso ad alcuno dei due<sup>87</sup>. Qui sta la differenza principale con la teoria che abbiamo esposto precedentemente, che giungeva a conclusioni opposte valorizzando la colpa quale elemento soggettivo del reato e dunque ulteriore rispetto ad un minimo nucleo (l'offesa) a cui accedono le condotte di tutti i cooperanti.

Ancora un *caveat* a proposito di questa teoria: in ogni caso, non è possibile rinunciare agli essenziali nessi tra la condotta colposa e l'evento. Infatti, non è sufficiente l'individuazione di una regola cautelare, né dell'agente modello a cui si può fare riferimento vista la situazione del caso concreto; è imprescindibile verificare che l'evento realizzato sia uno tra quelli che la norma cautelare mirava ad impedire, come anche che la condotta alternativa lecita, se messa in atto, avrebbe evitato il verificarsi di questo. Così, se in occasione di una folle competizione automobilistica non autorizzata in un

---

<sup>86</sup> G. COGNETTA, *ivi*, p. 88.

<sup>87</sup> Cfr. G. COGNETTA, *ivi*, pp. 91-92.

centro abitato, uno dei partecipanti investe un passante quando la gara è ormai finita ed egli sta tornando a casa propria, agli altri che hanno concorso non potrà essere imputata la morte, neppure a titolo di colpa. È certamente vero che sono state violate le regole cautelari, ed è vero che vi era prevedibilità (in questo caso, addirittura, coscienza) dell'altrui condotta colposa; tuttavia, la norma prudenziale si potrebbe riassumere con: “non collaborare con altri in un’attività che è certamente pericolosa”, e pertanto mira a prevenire i rischi legati a quell’attività (la gara automobilistica), non a quelli che ne sono slegati.

◆ *Un (problematico) tentativo di sintesi? L'intreccio cooperativo*

Sembra opportuno illustrare un’ultima teoria che, pur tornando a definire parte dell’elemento soggettivo della cooperazione in termini di rappresentazione, sembra lasciare spazio a qualche considerazione in senso normativo.

Alcuni autori hanno affermato che il partecipe debba avere consapevolezza “(non del carattere colposo ma) delle circostanze di fatto che consentono di rappresentare come colposa la condotta del compartecipe nello svolgimento dell’attività comune”<sup>88</sup>. Quindi: il segmento “di relazione” dell’elemento soggettivo ha un carattere di rappresentazione, tanto del fatto che si sta svolgendo un’attività in comune con altri, quanto di queste circostanze fattuali. Eppure, tale consapevolezza è necessaria in quanto sulla base di questa può essere esteso il dovere di diligenza che promana dalle norme cautelari e grava su ogni singolo cooperante. In altre parole, il coefficiente rappresentativo non opera autonomamente; non costituisce un mero ponte perché il rimprovero mosso ad uno dei cooperanti possa propagarsi agli altri, ma viene utilizzato quale elemento per valutare e parametrare la condotta dei singoli.

Tale concezione ha però un importantissimo corollario: infatti, se la rimproverabilità del partecipe è fondata sull’estensione di un dovere di diligenza, è

---

<sup>88</sup> Così S. CORBETTA, Sub Art. 113, cit., pp. 1811 ss. Cfr. anche L. RISICATO, *Cooperazione in eccesso colposo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 584 ss.; G. PIGHI, *La Cassazione e l’incerta autonomia della cooperazione colposa*, in *Cass. Pen.*, 2005, pp. 824-826.



opportuno chiedersi quali presupposti la autorizzino, quale sia il fondamento per rendere più gravosa la posizione del partecipe. Si tratta di circostanze fattuali particolari, che sono state definite come “*intreccio cooperativo*”, un coinvolgimento tra più soggetti che non può essere casuale, ma deve essere una necessaria conseguenza di prescrizioni di legge, ovvero di esigenze di organizzazione dell’attività umana come tecnica per la gestione del rischio. In questi casi si sviluppano “*un legame ed un’integrazione tra le condotte che opera[no] non solo sul piano dell’azione, ma anche sul regime cautelare, richiedendo a ciascuno di rapportarsi, preoccupandosene, pure alla condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto*”<sup>89</sup>. Se in una situazione complessa, in cui le loro azioni già si intersecano sul piano causale, i soggetti coinvolti sono anche consapevoli di questa interazione e delle circostanze che rendono prevedibilmente colposa l’altrui condotta, tale prevedibilità non è più riferita ad un’azione *altrui*, ma diviene incentrata su una condotta *propria*. Normalmente, infatti, anche se il partecipe ha nozione che la sua condotta verrà ad intersecarsi con quella dell’autore, ciò non è rilevante ai fini della tipicità monosoggettiva della colpa; e questa possibilità di disinteressarsi di quello che altri faranno è il nucleo essenziale del principio di affidamento. Tuttavia, quando, per circostanze particolari, diviene prevedibile che l’altra condotta sfocerà nella realizzazione di un rischio non consentito, e quando la legge o le esigenze organizzative impongono di far discendere una conseguenza da tale consapevolezza, la conseguenza è una nuova tipizzazione alla luce della colpa *plurisoggettiva*. Così, l’evento-reato oggetto della prevedibilità non è più altrui, ma comune, e “*l’ambito del dovere di diligenza [...] viene esteso sino a ricomprendere le prevedibili conseguenze lesive dell’attività comune*”<sup>90</sup>; questi sono i fondamenti dei limiti al principio di affidamento.

---

<sup>89</sup> Spiega così L. RISICATO, *Cooperazione in eccesso colposo*, cit., p. 585.

<sup>90</sup> Così S. CORBETTA, Sub Art. 113, cit., pp. 1811 ss., il quale, peraltro, fa in ogni caso discendere la responsabilità colposa dall’imputazione monosoggettiva.

◆      *Gli orientamenti giurisprudenziali*

A fronte delle diverse soluzioni proposte dalla dottrina, la giurisprudenza si è orientata in prevalenza sul criterio della sufficienza della consapevolezza dell'altrui condotta, precisando inoltre che non è necessario che in questa rappresentazione rientrino il carattere colposo dell'azione o dell'omissione altrui.

Per la verità, alcune risalenti pronunce costruiscono il concetto di cooperazione intorno all'accordo tra i soggetti agenti; come abbiamo illustrato, si tratta di una visione fortemente debitrice del concorso nel reato doloso, in cui la nozione di coscienza e volontà del fatto si fonde con quella di scambio reciproco delle volontà finalizzato all'elaborazione di un piano criminoso<sup>91</sup>; si tratta di una stortura concettuale già nell'ambito doloso; la sua trasposizione al concetto di colpa non riesce a cogliere l'essenza di questo fenomeno.

Un indirizzo cronologicamente successivo afferma invece che sussiste la cooperazione colposa *“quando più persone pongono in essere una data autonoma condotta nella reciproca consapevolezza di contribuire all'azione o omissione altrui che sfocia nella produzione dell'evento non voluto”*<sup>92</sup>. Il caso riguarda un operario che, mentre si trovava su un

---

<sup>91</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 18 luglio 1980, n. 11298, in CED, n. 146419; Cass. pen., sez. IV, sent. 23 novembre 1987, n. 4896, *ivi*, n. 178202, che per l'esattezza afferma che *“le volontà dei soggetti devono tutte confluire consapevolmente all'interno della condotta dalla quale deriva l'evento non voluto”*.

<sup>92</sup> Così l'importante sentenza Cass. pen., Sez. Un., sent. 25 novembre 1998, n. 5, in CED, n. 212576. A titolo di esempio possiamo citare altre risalenti pronunce che parlano della consapevolezza del contribuire: Cass. pen., sez. IV, sent. 06 dicembre 1982, n. 6134, in CED, n. 158682; Cass. pen., sez. IV, sent. 15 novembre 1986, n. 2405, in CED, n. 175208, che precisa come, al contrario, nel concorso di cause indipendenti *“si verifica coincidenza fortuita di azioni od omissioni nella produzione dello stesso evento, sicché ogni azione od omissione resta imputabile come fatto a sé stante importando separata responsabilità per distinti reati”*; Cass. pen., sez. IV, sent. 20 febbraio 1990, n. 8162, in CED, n. 184564. In opposizione alla risalente teoria dell'accordo, si veda anche Cass. pen., sez. IV, sent. 09 luglio 2004, n. 40205, in CED, n. 229575, che, nel contesto di una gara di velocità, attribuisce la responsabilità penale anche al conducente che non è direttamente coinvolto nella collisione, una volta accertata (data la velocità dell'auto e il percorso che è stato possibile ricostruire dai rilievi tecnici) la sua partecipazione ad un'attività illegale e pericolosa come la competizione su strada, che può nascere tanto in base ad un accordo preventivo quanto estemporaneamente.

impalcato privo delle protezioni previste per legge, era caduto da circa tre metri di altezza perdendo la vita. La Suprema Corte conferma la condanna inflitta dalla Corte d'Appello tanto all'imprenditore, quanto al subappaltatore (il contratto era di sola manodopera, e tutti i materiali e gli attrezzi utilizzati erano di proprietà dell'imprenditore appaltante), dal momento che il primo aveva omissso di adottare le cautele antinfortunistiche e il subappaltatore, pur consapevole delle carenze, aveva lasciato operare il suo dipendente in condizioni altamente rischiose. In questa sentenza non si parla certamente più di accordo in termini espliciti, ma si evidenzia bensì una consapevolezza reciproca.

La definizione di tale legame psicologico è stata approfondita e precisata nel corso del tempo. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che non è necessario che ogni cooperante abbia una *“specifica coscienza o conoscenza sia delle persone che cooperano sia delle specifiche condotte da ciascuno poste in essere”*<sup>93</sup>. Secondo una successiva pronuncia – che riferisce questo orientamento – aggiungere dei requisiti di consapevolezza significherebbe restringere l'applicabilità di questo istituto alla colpa cosciente<sup>94</sup>. Quindi, il medico curante che prescriva una cura erronea, ignorando del tutto che la propria paziente abbia consultato un collega (il quale pure raccomanderà il trattamento sbagliato), risponde autonomamente, dando origine ad un concorso di cause indipendenti con la condotta dell'altro; al contrario, il medico di reparto che è competente solo per una fase del trattamento sanitario ha coscienza dell'interazione con altri soggetti, anche se non precisa contezza del ruolo che ciascuno svolgerà nella terapia complessiva, e pertanto risponde di cooperazione colposa. Un altro esempio di applicazione dell'art. 113 c.p. potrebbe essere il caso di più funzionari pubblici che sanno che la formazione di un atto coinvolgerà vari uffici, dunque più responsabili, ma non si conoscono, né si accordano; ognuno di loro svolge semplicemente il proprio compito ricevendo e trasmettendo la pratica agli altri soggetti competenti. La presente

---

<sup>93</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 29 aprile 2009, n. 26020, in CED, n. 243932. La Corte conferma la condanna, con la qualificazione giuridica di cooperazione colposa, a carico di quattro tecnici che, effettuando un intervento per assicurare la fornitura di elettricità ad un impianto di irrigazione, avevano mal collegato i cavi, causando così la folgorazione di un uomo che aveva azionato una leva metallica dell'impianto.

<sup>94</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 19 marzo 2013, n. 26239, in CED, n. 255696.

soluzione è stata anche applicata confermando le condanne dell'ingegnere capo e del direttore dei lavori che omettono di segnalare le condizioni disagiate e pericolose della carreggiata a causa dei lavori stradali<sup>95</sup>.

La giurisprudenza ha però compiuto ancora un passo ulteriore. Alcune sentenze hanno, infatti, preso atto del dibattito dottrinale che vedeva contrapposte due posizioni circa l'esatto significato di questo collegamento soggettivo. Da un lato, una corrente dottrinale sottolineava l'esigenza che i singoli partecipi avessero coscienza anche del carattere colposo della condotta altrui; altri studiosi si limitavano, all'opposto, a identificare il legame tra i cooperanti nella percezione dell'interazione tra le condotte. Assai interessanti le osservazioni che la Corte propone, affermando che ciascuno di questi orientamenti nasconde un rischio opposto; il primo comporterebbe una sostanziale inutilità della norma: *“richiedere la consapevolezza del carattere colposo dell'altrui comportamento reca il rischio [...] di svuotare la norma e renderla inutile, giacché una tale consapevolezza ben potrebbe implicare un atteggiamento autonomamente rimproverabile”*<sup>96</sup>; in altre parole, se il soggetto ha consapevolezza che la situazione in cui il cooperante agisce è gravata da un rischio illecito, ciò significa che è la stessa situazione concreta a richiedergli di attuare specifiche cautele, a dover agire in un certo modo. All'opposto, il secondo orientamento *“sembra implicare il rischio di creare un'indiscriminata estensione dell'imputazione”*<sup>97</sup>, poiché è molto facile che il soggetto abbia la percezione dell'interazione con altri soggetti, anche se, per esempio, vi fosse una notevole distanza fisica o cronologica tale da rendere molto difficile l'esatta rappresentazione di come l'altro si stia effettivamente comportando.

Quale la soluzione proposta dalla Suprema Corte? I giudici di legittimità ritengono che la semplice consapevolezza dell'interazione con l'altrui condotta sia sufficiente a fondare l'interpretazione di cooperazione colposa in tre casi specifici: l'interazione tra più soggetti deve essere imposta dalla legge, ovvero deve essere dettata da esigenze di

---

<sup>95</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 7 aprile 2004, n. 25311, in CED, n. 228927.

<sup>96</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 2 dicembre 2008, n. 1786, in CED, n. 242566; cfr. anche, negli stessi termini, Cass. pen., sez. IV, sent. 2 novembre 2011, n. 1428, in CED, n. 252940.

<sup>97</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 2 dicembre 2008, n. 1786, in CED, n. 242566.

organizzazione nella gestione del rischio, ovvero – e qui sta la portata innovativa della giurisprudenza – essere una “*contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza*”<sup>98</sup>. Si tratta dell’intreccio cooperativo, di un elemento, quindi, a carattere misto, oggettivo e soggettivo, che “*opera non solo sul piano dell’azione, ma anche sul regime cautelare, richiedendo a ciascuno di rapportarsi, preoccupandosene, pure alle condotte degli altri soggetti coinvolti nel contesto. La Corte ha quindi individuato una ‘pretesa d’interazione prudente’, quale canone per definire il fondamento ed i limiti della colpa di cooperazione*”<sup>99</sup>. Sulla base di questo elemento, si giustificano tanto una limitazione dell’operatività del principio di affidamento, quanto il sorgere di nuove regole cautelari: il singolo soggetto agente non può, in altre parole, disinteressarsi di ciò che gli altri fanno, e anzi, poiché gli è nota la situazione di cooperazione “materiale”, deve tenerne conto, uniformarsi ai nuovi doveri e alle prescrizioni di questa. Tale regola di precauzione non si sostituisce ma, semplicemente, si affianca a quella che il singolo soggetto deve violare per essere in colpa.

La concezione che abbiamo ora descritto viene adottata dalla giurisprudenza più recente con una certa uniformità. Riportiamo qui alcuni casi concreti che ci permetteranno di esemplificare il meccanismo. Un ragazzo, in preda ad un delirio cocainico, sale su un tetto e comincia ad urlare, vedendosi minacciato da un inesistente branco di cani; intervengono diversi poliziotti che lo braccano e riescono ad immobilizzarlo; uno di questi, peraltro, è in borghese, sopraggiunge per caso e si aggiunge ai sei colleghi in divisa; nessuno si rende conto che le modalità con cui gli agenti bloccano il giovane gli stanno provocando un’inutile e pericolosa compressione del torace, che lo condurrà alla morte. Solo in seguito, quando è ormai tardi, si comprende che l’operazione efficace e non pericolosa era quella di bloccare le gambe del soggetto. Ovviamente, gli agenti sono consci dell’interazione tra le loro condotte, ma non del carattere colposo di queste (ragionando in termini di rischio consentito o non consentito, ritengono probabilmente che si tratti della prima situazione); tuttavia, quella

---

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 19 marzo 2013, n. 26239, in CED, n. 255696, che ricapitola gli orientamenti precedenti e vi aderisce.

che potremmo definire l'interazione necessaria tra le condotte determina la loro responsabilità *ex art. 113 c.p.*<sup>100</sup>. Un paziente affetto da ernia del disco viene operato da un neurochirurgo, che valutando l'elettrocardiogramma post-operatorio omette di prescrivere una serie di doverosi accertamenti per chiarire alcuni dati anomali; della stessa omissione si rende protagonista il cardiocirurgo dell'ospedale, nonostante il paziente cominci ad accusare sintomi che possono essere ricondotti ad un infarto; anche un terzo medico, subentrato in servizio successivamente, non valuta correttamente gli esiti di alcuni altri esami che nel frattempo erano stati eseguiti. Tutti vengono condannati nella forma della cooperazione colposa<sup>101</sup>. Ciascuno di loro sa che un collega gli subentrerà necessariamente nel trattamento (in questo caso per ragioni di competenza o di orari di lavoro), ma nessuno conosce le colpevoli omissioni altrui. Viene condannato per incendio colposo, unitamente al proprietario del fondo agricolo che aveva dato fuoco ad alcune sterpaglie, anche il conducente di un trattore che pratica sì dei solchi frangifuoco nel terreno circostante, ma senza tenere in considerazione il forte vento, e favorisce in tal modo il propagarsi delle fiamme<sup>102</sup>. Per un disastro aereo colposo conseguente ad un ammaraggio viene affermata la penale responsabilità non solo del primo pilota, ma anche del suo secondo, indipendentemente dalla posizione subordinata che questi occupa nella scala gerarchica, perché, constatate le pericolose omissioni del superiore, non si è attivato nel seguire le fasi del rifornimento del carburante, nel diminuire la quota, nel posizionare in modo corretto le eliche durante l'ammarraggio e nel dare tempestivo avviso della situazione emergenziale ai passeggeri<sup>103</sup>. Marito e moglie si trattengono in un bar fino a tarda sera bevendo alcolici; hanno con loro il figlio di pochi mesi. Successivamente, salgono in macchina; il marito, evidentemente poco lucido, si mette al volante, mentre la donna sale sul sedile posteriore; il bambino resta in braccio alla madre e non sul seggiolino perché sta

---

<sup>100</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 2 dicembre 2008, n. 1786, cit.

<sup>101</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 10 dicembre 2009, n. 6215, cit.

<sup>102</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 2 novembre 2011, n. 1428, in *CED*, n. 252940.

<sup>103</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 19 marzo 2013, n. 26239, cit.

piangendo, e al momento dell'incidente causato dall'imprudenza dell'autista e dalla strada bagnata viene sbalzato nell'abitacolo, procurandosi un trauma cranico da cui deriva la morte<sup>104</sup>; quand'anche la donna non si fosse resa conto del pericolo cagionato dalle condizioni del marito, si ritiene comunque ravvisabile la cooperazione colposa per la particolare situazione di necessaria interazione tra i soggetti.

Come si può notare, le ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto sono molteplici. Prima di presentare le nostre conclusioni, tuttavia, riteniamo più opportuno esaminare le conseguenze di queste problematiche rispetto a due temi essenziali della cooperazione colposa: la distinzione con il concorso di cause indipendenti, da un lato, e, dall'altro, la sua funzione di incriminazione ovvero di disciplina.

### **2.3.      *La distinzione tra la cooperazione colposa e il concorso di cause indipendenti***

L'art. 41, comma 3 c.p. fotografa il c.d. concorso di cause indipendenti. Si tratta della situazione in cui i comportamenti di diversi soggetti, indipendenti l'uno dall'altro, e quindi non causati l'uno dall'altro, convergono verso l'evento in senso giuridico, o – se si preferisce – la lesione del bene; l'esempio prototipico è quello di A e B, che procedono alla guida di due automobili lungo due strade separate, e all'incrocio travolgono insieme un pedone<sup>105</sup>.

*Entia non sunt multiplicanda sine necessitate*: è davvero possibile differenziare questo fenomeno dalla figura della cooperazione colposa, oppure non vi sono significativi elementi che li distinguono?

---

<sup>104</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 13 novembre 2014, n. 49735, in CED, n. 261183. Peraltro, in questo caso, precisa la Corte, autonomi profili di colpa sono ravvisabili in capo alla donna, che potrebbe essere quindi imputata di omicidio colposo nella forma monosoggettiva.

<sup>105</sup> Cfr., per esempio, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 589.

Secondo alcuni autori, la risposta è affermativa, e il criterio distintivo dev'essere rinvenuto proprio nel "nesso soggettivo" tra le condotte di A e B. Mettiamo a confronto l'esempio appena richiamato dei due automobilisti che all'incrocio travolgono un passante con quello della gara clandestina in cui B finisce per travolgere un ciclista (caso III): l'unica differenza tra le situazioni sopra richiamate è che nella prima i due soggetti non hanno alcuna consapevolezza dell'agire altrui, mentre nella seconda sì.

Ovviamente, questa distinzione è stata variamente declinata a seconda della teoria accolta circa il significato del nesso soggettivo.

Secondo parte della dottrina si tratta di cooperazione colposa laddove è presente la consapevolezza dell'interazione tra le varie condotte<sup>106</sup>; altri ritengono che i singoli soggetti debbano anche avere nozione del carattere colposo della condotta altrui<sup>107</sup>, o quantomeno delle circostanze di fatto in base alle quali una determinata azione od omissione potranno essere definite colpose<sup>108</sup>. La dottrina sottolinea come, se non si riconoscesse un ruolo essenziale al nesso soggettivo, si dovrebbe concludere nel senso di una sostanziale inutilità della figura della cooperazione; ciò determinerebbe, tuttavia, un'area di impunità per alcune condotte, dal momento che apporti causali di per sé non tipici, e dunque non sussumibili alla figura descritta dall'art. 41, non riceverebbero più una tipizzazione indiretta (come avviene oggi nella cooperazione colposa), restando quindi impuniti. L'esempio più classico è quello della determinazione sul piano morale: se considerata isolatamente deve a tutti gli effetti essere ritenuta irrilevante, mentre acquista un ruolo ben preciso solo all'interno della fattispecie concorsuale<sup>109</sup>. Un ulteriore punto di vista afferma che propugnare la completa sovrapponibilità della cooperazione colposa con il concorso di cause indipendenti significherebbe, in buona sostanza, ridurre il campo di indagine alle sole ipotesi di correatà, in cui cioè ogni condotta può autonomamente causare l'evento ed è quindi di per sé tipica; così

---

<sup>106</sup> Cfr., per esempio, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 589.

<sup>107</sup> Si vedano le ricostruzioni di C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 581-584; M. SPASARI, *Profili*, cit., p. 73.

<sup>108</sup> G. GRASSO, *Sub Art. 113*, cit., p. 234.

<sup>109</sup> A.R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, cit., pp. 617-618.



ragionando, tuttavia, non solo si adotta un modello valido per i soli reati causalmente orientati, ma si ignorano anche tutti quei casi in cui il partecipe tiene una condotta segnata da una pericolosità ancora astratta, indeterminata, legata però dalla connessione soggettiva con la condotta dell'autore; soltanto collettivamente queste rappresentano un rischio concreto per i beni giuridici oggetto di tutela; pertanto, l'unica figura che permette di disciplinare adeguatamente tale situazione è proprio la cooperazione colposa, che valorizza i legami esistenti tra le condotte tanto da un punto di vista oggettivo, quanto in un'ottica soggettiva<sup>110</sup>.

È invece differente l'opinione di quegli autori che, in senso critico rispetto alle teorie ora richiamate, valorizzano maggiormente l'aspetto normativo della colpa. Un primo possibile esito di questa corrente interpretativa è, per i reati causalmente orientati, quello di rinunciare alla distinzione tra la cooperazione e il concorso di cause indipendenti: in altre parole, in presenza di reati a forma libera la verifica sulla tipicità delle singole condotte andrà fatta in virtù della violazione, da parte dei singoli agenti, delle regole cautelari<sup>111</sup>.

Vi è però un'altra possibilità: la dottrina che accentua il carattere normativo della colpa anche nella forma di manifestazione è ben consapevole che *“la tipicità della condotta colposa nel quadro delle fattispecie causalmente orientate non può essere risolta sul mero piano della causalità: nella serie dei comportamenti del soggetto, antecedenti alla realizzazione dell'evento e tutti eziologicamente significativi, bisogna infatti isolare un comportamento al quale sia riconducibile la realizzazione del fatto, e tale non può che essere quel comportamento che si caratterizza per la contrarietà ad una regola obiettiva di natura cautelare”*<sup>112</sup>. La domanda essenziale da porsi è la seguente: qual è la regola cautelare da prendere in considerazione? Quale il rapporto con l'evento finale che è il risultato della cooperazione tra più soggetti? Pensiamo all'esempio di A, secondo autista di un autotreno carico di sostanze infiammanti che non si adopera di fronte alla condotta pericolosa dell'altro conducente

---

<sup>110</sup> L. RISICATO, *Cooperazione in eccesso colposo*, cit., p. 583.

<sup>111</sup> Lo illustrano, per esempio, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., pp. 609-611.

<sup>112</sup> G. COGNETTA, *La cooperazione*, cit., pp. 78-79.

(B). Chiaramente, rispetto all'evento letale che ne segue, il suo apporto è sì causalmente rilevante, ma egli non ha violato alcuna regola di diligenza che si riferisca direttamente a quell'evento: l'autista che stava manovrando era B, il solo investito degli obblighi di prudenza in quella situazione concreta. Quel secondo autista ha tuttavia violato un'altra regola cautelare di natura, per così dire, *secondaria*: quella che gli imponeva, data l'evidente situazione di pericolo di controllare la condotta altrui. Tali obblighi sono connaturati ad alcune specifiche attività: chi possiede un'arma deve maneggiarla cautamente (obbligo primario), ma anche adottare le misure per far sì che non si usata da chi non è in grado di maneggiarla in modo sicuro (per esempio, non lasciarla in una stanza dove stanno giocando dei bambini): quest'ultimo è un obbligo secondario.

Se valutiamo le condotte dei partecipi sulla base di questi obblighi, troveremo che, in relazione a questi, le stesse possono essere definite – dal punto di vista normativo – colpose. Senonché questi obblighi non potrebbero esistere in assenza di un presupposto essenziale, cioè l'interazione tra le condotte su un duplice piano: quello causale e quello colposo. In altre parole: nel concorso di cause indipendenti, ciascuna condotta è autonomamente causale e autonomamente colposa; le serie causali, tuttavia, finiscono per intersecarsi nel provocare l'evento. Al contrario, nella cooperazione colposa, oltre all'intersezione tra le cause viene stabilito anche un collegamento di natura colposa, perché l'obbligo cautelare non riguarda per ciascun cooperante la propria condotta, ma per alcuni la condotta altrui.

Una precisazione importante: dal punto di vista strettamente normativo, le due situazioni sono assolutamente omogenee, perché ad ogni soggetto viene rimproverato di aver violato un proprio obbligo giuridico: non si tratta di un obbligo che gravava su altri. Quello che però cambia è il contenuto dell'obbligo e il suo legame più o meno stretto con l'evento. *“Nella cooperazione colposa la regola violata da un concorrente è diretta a controllare o neutralizzare la condotta altrui, che quindi ‘media’ la prima in direzione dell’evento; invece nella concorrenza di condotte colpose indipendenti le regole cautelari violate da ciascuno sono autonome”*<sup>113</sup>; mentre il primo caso è espressione di un legame stretto e inscindibile tra la condotta e l'evento, nel secondo le regole esprimono la relazione tra le condotte.

---

<sup>113</sup> Così, molto chiaramente, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 541.

Una critica potrebbe essere mossa a questa ricostruzione. L'esempio e la spiegazione hanno preso le mosse da una situazione in cui le due condotte non sono entrambe autonomamente in grado di cagionare l'evento, pur essendo entrambe causali. Cosa cambia, invece, quando ciascuna condotta è da sola sufficiente a cagionare l'evento? In questo caso, qual è il criterio normativo discretivo offerto da questa teoria per separare cooperazione colposa e concorso di cause indipendenti? Anche tra gli autori che valorizzano il contenuto normativo della colpa, vi sono coloro che affermano come, in questo caso, sia la semplice consapevolezza ad offrire una distinzione: in altre parole, la norma sulla cooperazione non rende qui tipica alcuna condotta (perché tutte lo sono di per sé, sia causalmente sia colposamente) e ha qui una semplice funzione di disciplina<sup>114</sup>.

Si spinge invece oltre quella corrente che individua nella prevedibilità dell'altrui condotta concorrente con la propria il tratto distintivo assolutamente essenziale delle condotte di cooperazione. L'elemento della prevedibilità è utilizzabile come criterio discretivo rispetto al concorso di cause indipendenti in ogni situazione: tanto in quelle che vedono protagoniste serie causali sufficienti ciascuna a determinare l'evento, quanto le altre. In tutte queste ipotesi, laddove ci sia una prevedibilità in concreto dell'interazione altrui, ne consegue l'applicazione della disciplina concorsuale; se questa manca, le condotte perdono anche quel minimo collegamento che le unisce sul piano colposo, oltre ad essere già autonome sul piano causale, e non possono che essere considerate del tutto indipendenti<sup>115</sup>.

È del tutto evidente come la teoria della prevedibilità dell'azione altrui porti la fattispecie concorsuale colposa alla sua massima estensione: non soltanto saranno da ricomprendervi tutti i casi in cui i soggetti agenti sono consapevoli dell'interazione reciproca (dal momento che la consapevolezza effettiva assorbe il requisito di quella potenziale), ma anche le situazioni in cui i singoli soggetti agenti, pur non essendo effettivamente consci di questo rapporto, avrebbero potuto esserlo. Così, se gli autisti

---

<sup>114</sup> G. COGNETTA, *La cooperazione*, cit., pp. 78-79.

<sup>115</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., pp. 101 ss., in particolare pp. 114-117.

che procedono su strade diverse senza vedersi conoscono i percorsi, e sanno che l'incrocio (dove poi si verifica l'evento) è cieco e assai pericoloso, e più di una volta hanno sfiorato entrambi un incidente, sembra lecito ipotizzare che potessero effettivamente prevedere (non solo l'esito infausto, ma anche) l'interazione con l'altro, e ritenere quindi applicabile la disciplina della cooperazione colposa.

Vi è però anche una tesi radicale: secondo alcuni studiosi, almeno nel caso dei reati causalmente orientati, non sarebbe affatto possibile identificare un preciso elemento soggettivo che distingue la figura della cooperazione colposa dal semplice concorso di cause indipendenti.

Iniziamo dalla banale considerazione che sul piano oggettivo queste situazioni si presentano – almeno in prima approssimazione – piuttosto simili tra loro: in entrambi i casi abbiamo una pluralità di soggetti e di condotte, e vediamo apporti causali distinti che si intersecano nella realizzazione del fatto di reato.

Sul piano soggettivo, si stenta ad individuare un distinguo.

Un primo autore sottolinea che sarebbe assurdo volere a tutti i costi differenziare i due casi. Perché mai se un infermiere consegna la fiala, erroneamente riempita di una dose letale di veleno, al collega si dovrebbe dire che c'è coscienza dell'attività altrui, e quindi cooperazione colposa, mentre se lascia la fiala su un tavolo, senza sapere che il collega la prenderà o potrebbe prenderla, si deve ricorrere solo all'incriminazione monosoggettiva? Si tratta, peraltro, di un vero e proprio "*problema immaginario*": la condotta del primo infermiere, data la struttura di reato causalmente orientato, è in entrambi i casi tipica di per sé, e consente di punire l'agente<sup>116</sup>.

Altri autori criticano aspramente la risalente distinzione tra unità di reato con pluralità di soggetti (che corrisponderebbe alla cooperazione colposa) e pluralità di reati con un unico evento (nel caso del concorso di condotte colpose indipendenti)<sup>117</sup>,

---

<sup>116</sup> M. BOSCARELLI, *Contributo alla teoria del "Concorso di persone nel reato"*, Padova, A. Milani, 1958, pp. 95 e ss. e, in part., p. 98.

<sup>117</sup> Una distinzione affermata dalla giurisprudenza, ad esempio: Cass. pen., sent. 12 ottobre 1964; Cass. pen., sez. IV, sent. 26 novembre 1980, n. 12593, in CED, n. 146887.

ritenendo che il reato sia sempre unico, dal momento che l'unicità dell'evento “*dà il tono a tutta la fattispecie, poiché senza evento non c'è reato colposo e non è ammissibile il tentativo*”<sup>118</sup>.

Ad analoghe conclusioni giunge quella dottrina che constata come la conoscenza che ha il partecipe della condotta dell'autore sia, esclusi i casi di colpa cosciente, irrilevante dal punto di vista giuridico, ma dotata di un valore semplicemente descrittivo. Si consideri che la condotta del partecipe, benché naturalmente contribuisca alla realizzazione dell'evento reato, è connotata da un legame di rischio con l'evento solo indiretto, mediato appunto dalla presenza dell'altra condotta; “*poiché la condotta produce l'evento solo incrociando la serie causale posta da altri, l'agente non è in grado di prevedere il verificarsi dell'evento, se non è in grado di prevedere l'attività altrui*”<sup>119</sup>. È vero che, rispetto al caso in cui un solo agente commetta il reato, il coefficiente psicologico è più ricco; ma non si tratta di un elemento aggiuntivo e ulteriore. Al contrario, cambia semplicemente l'oggetto dell'unico “segmento colposo”. Con due importanti precisazioni: da un lato, poiché questa particolarità è legata al carattere indiretto del contributo, non si applica anche all'autore materiale, la cui condotta è invece in relazione diretta con l'evento; dall'altro, tale rappresentazione non deve essere necessariamente effettiva: è sufficiente che vi sia una consapevolezza di natura potenziale, che il soggetto abbia la capacità di prevedere l'attività altrui. Egli deve solamente potere riconoscere la “pericolosità latente” dell'altro, e non rappresentarsi la sua condotta in concreto, perché già dalla prima percezione potrà capire se la condotta che egli sta realizzando è pericolosa<sup>120</sup>. I caratteri complessi di questa teoria che abbiamo qui tentato di riassumere ne fanno una concezione – almeno così ci sembra – un poco *sui generis*, ma da avvicinare pur sempre alle teorie che negano una vera e propria autonomia all'elemento soggettivo “relazionale” tra le condotte.

---

<sup>118</sup> R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, Torino, UTET, 1967, p. 887.

<sup>119</sup> C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., pp. 73-74.

<sup>120</sup> Così C. PEDRAZZI, *ivi*, p. 69. Per l'ottima e sintetica esposizione del problema si veda, inoltre, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., pp. 139-141.

Ecco dunque, secondo le tesi citate, l'inutilità dello sforzo di rintracciare un elemento soggettivo che distingua nettamente la cooperazione dal concorso di cause indipendenti, almeno per i reati a forma libera.

L'affermazione di una completa sovrapponibilità tra i due istituti sembra però entrare in crisi quando si considerano i reati a forma vincolata. In essi, infatti, la condotta tipica è soltanto quella che integra le specifiche modalità descritte dalla fattispecie; il coefficiente psicologico sembra davvero imprescindibile, in quanto contribuisce a fondare l'incriminazione *ex novo* di condotte non tipiche di per sé, che resterebbero irrilevanti senza la norma concorsuale<sup>121</sup>.

Esporremo a breve la nostra posizione, subito dopo aver accennato al problema che riassume tutti quelli esposti in tema di cooperazione colposa, vale a dire la dialettica tra una funzione incriminatrice e una funzione di disciplina.

#### ***2.4. Il punto di fuga dei problemi della cooperazione colposa: funzione incriminatrice o funzione di disciplina?***

Il tema che ci accingiamo a trattare è il punto di fuga delle diverse linee prospettiche che riguardano l'esatto significato dell'elemento soggettivo e la distinzione con il concorso di cause indipendenti.

Ecco, innanzitutto, gli elementi essenziali su cui impostare il discorso. Come evidenziato dai dati normativi e affermato da unanime dottrina, le norme sul concorso di persone nel reato hanno una duplice funzione: da un lato, quella incriminatrice, che estende l'area del penalmente rilevante rendendo tipici alcuni comportamenti umani che non sono tali sulla base delle semplici norme incriminatrici monosoggettive; dall'altro, quella di disciplina, svolta da quelle norme che regolano la comunicabilità delle circostanze e delle cause di esclusione della punibilità e la commisurazione della pena. Le due funzioni sono inseparabili, ma la seconda è logicamente successiva alla

---

<sup>121</sup> Cfr. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., pp. 95-97.

prima, e si manifesta solo nei confronti di quei contributi umani che sono già stati tipizzati dalle discipline del concorso. Pertanto, come ovvio, quando la dottrina afferma che la norma sulla cooperazione colposa avrebbe esclusivamente una funzione di disciplina intende dire che verrebbe a disciplinare dei contributi che già sono tipici in virtù di altre norme incriminatrici (quelle nella forma monosoggettiva)<sup>122</sup>.

Rispetto alla funzione di disciplina, è opportuna qualche precisazione ulteriore. Come noto, le norme di disciplina del codice penale non sono esplicitamente divise tra quelle applicabili al concorso nel reato doloso e quelle che possono essere utilizzate per la cooperazione colposa, o per entrambi i casi. È quindi necessario verificare se la struttura di queste sia compatibile con il carattere colposo della responsabilità. Per quanto riguarda le circostanze aggravanti, il secondo comma dell'art. 113 estende chiaramente al soggetto che abbia "*determinato altri a cooperare nel delitto*" gli aumenti di pena previsti dagli articoli 111 (per la determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile), 112, comma 1 n. 3 (per chi nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza ha determinato a commettere il reato persone a lui soggette), 112, comma 1 n. 4 (per chi ha determinato un minore degli anni 18, o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi o con gli stessi ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza)<sup>123</sup>. Isolata resta l'opinione dottrinale che ritiene che l'esclusione delle circostanze di cui all'art. 112, comma 1, n. 1 (presenza di cinque o più persone) e 112, comma 1 n. 2 (per chi abbia il ruolo di promotore, organizzatore, direttore dell'azione altrui) non si possa dedurre *a contrario* dalla lettera dell'art. 113, comma 2: secondo questa tesi, il richiamo esplicito dei n. 3 e 4 vorrebbe semplicemente precisare che anche per il concorso colposo può esistere una forma di determinazione al reato, e, d'altro canto, lo stesso art. 112, comma 2, n. 2 utilizza il termine "cooperazione" che avrebbe un significato tecnico quando menzionato negli articoli che trattano del concorso di

---

<sup>122</sup> A mero titolo esemplificativo, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 529-531.

<sup>123</sup> Cfr. F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione*, cit., p. 194; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 531; G. GRASSO, *Sub Art. 113*, cit, p. 243.

persone<sup>124</sup>. Il dato testuale ci sembra tuttavia insuperabile: solo due delle circostanze del comma 1 dell'art. 112 sono richiamate e applicabili alla cooperazione colposa.

Anche l'attenuante della minima importanza del contributo di partecipazione di cui all'art. 114 è applicabile, come espressamente previsto in tale articolo, ma non se ricorrono le aggravanti di cui all'art. 112, comma 1, nn. 3 e 4<sup>125</sup>.

L'interpretazione tradizionale non ammette alcuna forma di istigazione nel reato colposo, asserendo un'incompatibilità strutturale: ne risulterebbe l'inapplicabilità dell'art. 115<sup>126</sup>; alla stessa conclusione, tuttavia, si giunge nonostante le considerazioni svolte *supra* sull'ammissibilità di alcune forme di c.d. istigazione colposa, dal momento che queste ultime non possiedono certamente quel forte legame "finalistico" con la condotta principale che sembra implicitamente richiesto per l'applicazione dell'art. 115.

Nessun dubbio sull'inapplicabilità dell'art. 116, poiché il reato deve essere "voluto" da almeno uno dei concorrenti, e ciò implica il dolo di almeno uno di essi<sup>127</sup>.

Meno netta la conclusione circa l'art. 117: parte della dottrina assimila questa ipotesi a quella dell'art. 116<sup>128</sup>, mentre altri studiosi ritengono che non ci siano ostacoli a applicare la disciplina nel caso in cui il soggetto estraneo non conosca per colpa la qualifica soggettiva dell'*intraneus*<sup>129</sup>.

Sono applicabili – e regolano la comunicabilità delle circostanze (intese in senso stretto e in senso lato) – gli artt. 118 e 119 c.p.<sup>130</sup>.

---

<sup>124</sup> Così A. R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, cit., p. 623.

<sup>125</sup> G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 243; G. GRASSO, Sub Art. 113, cit, p. 243; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., p. 149.

<sup>126</sup> G. GRASSO, Sub Art. 113, cit., p. 243. Per qualche cenno al problema della c.d. "istigazione" al reato colposo, cfr. *supra*.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> Cfr. I. CARACCIOLI, *Profili*, cit., p. 952; A. R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, cit., p. 623; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 552.

<sup>130</sup> P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., p. 156; G. GRASSO, Sub Art. 113, cit, p. 243.



Circa la disciplina processuale, in caso di cooperazione colposa la querela a carico di un soggetto è estensibile a tutti i cooperanti per effetto dell'art. 123 c.p. (il reato commesso è infatti uno solo)<sup>131</sup>.

#### 2.4.1. La tesi della mera funzione di disciplina

L'opinione tradizionale ritiene che tutte le condotte colpose nel nostro ordinamento siano concepite nella forma di reati causalmente orientati; la loro tipicità dipende dunque, già sul piano monosoggettivo, dall'elemento soggettivo della colpa, che questa corrente interpreta in senso strettamente normativo: la contrarietà alla regola cautelare consente di individuare, tra gli atti che sono causali rispetto all'evento lesivo, le azioni e le omissioni tipiche. Di conseguenza, ogni condotta che contribuisca a realizzare l'evento, anche in modo di per sé insufficiente a determinarlo, attraverso la violazione di una norma cautelare è di per sé tipica e di per sé colposa. L'istituto della cooperazione, quindi, quand'anche fosse applicabile (sulla base di un collegamento eventuale tra le condotte), non svolgerebbe alcuna funzione incriminatrice, accontentandosi di colorare condotte già tipiche alla luce della loro interazione con altre condotte. Non verrà quindi aumentato il numero di contributi tipici, penalmente rilevanti, ma si applicherà semplicemente la disciplina concorsuale<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Non ci soffermeremo oltre sugli aspetti processuali. Si veda, in proposito, G. GRASSO, Sub Art. 113, cit, p. 244 e, a titolo di esempio, in giurisprudenza: Cass. pen., sent. 19 gennaio 2010, in *Dir. pen. Proc.*, 2010, p. 807; Cass. pen., sent. 23 dicembre 2009, in *CED*, n. 246304; Cass. pen., sent. 9 luglio 2002, in *CED*, n. 223583.

<sup>132</sup> In questi termini M. GALLO, *Lineamenti*, cit., pp. 113-114.

#### 2.4.2. La tesi della limitata funzione incriminatrice per i delitti colposi di evento a forma vincolata, di mera condotta e propri

La posizione che riduce la funzione del 113 a quella di disciplina è stata criticata da quella dottrina che ha individuato una funzione incriminatrice per alcune tipologie di reati colposi.

Bisogna chiedersi, in primo luogo, se sia possibile identificare reati colposi a forma vincolata. Non si tratta di una ricerca facile: la dottrina si è espressa in modo assai incerto su molte di queste (rare) ipotesi, ritenendole alternativamente reati a forma vincolata o libera. Ecco dunque alcuni esempi.

I delitti colposi previsti dall'art. 452 c.p. in relazione alle fattispecie a tutela della salute pubblica di cui agli artt. 438-445 c.p.<sup>133</sup>: si tratta dei reati di epidemia (438)<sup>134</sup>, avvelenamento di acque o di sostanze alimentari (439)<sup>135</sup>, adulterazione e contraffazione

---

<sup>133</sup> Tra gli autori che propendono per la natura vincolata della condotta, ad esempio: G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 575-576; R. PICCININO, *I delitti contro la salute pubblica*, Torino, UTET, 1969, p. 229, per il quale tutti i delitti di comune pericolo mediante frode sono a forma vincolata.

<sup>134</sup> Art. 438 c.p. – Epidemia.

“1. Chiunque cagiona un’epidemia mediante la diffusione di germi patogeni è punito con l’ergastolo.

2. Se dal fatto deriva la morte di più persone, si applica [la pena di morte].”

Questo articolo è citato come esempio di reato a forma vincolata da S. CORBETTA, Sub Art. 113, cit., pp. 1814 ss. e da G. GRASSO, Sub Art. 113, cit., p. 240.

<sup>135</sup> Art. 439 c.p. – Avvelenamento di acque o di sostanze alimentari.

“1. Chiunque avvelena acque o sostanze destinate all’alimentazione, prima che siano attinte o distribuite per il consumo, è punito con la reclusione non inferiore a quindici anni.

2. Se dal fatto deriva la morte di alcuno, si applica l’ergastolo; e, nel caso di morte di più persone, si applica [la pena di morte].”

Questa norma offre un esempio significativo dell’incertezza rispetto a queste fattispecie: l’uso del verbo “avvelenare”, insieme con il requisito di natura temporale sono elementi tali da indicare un vincolo per l’agente? Oppure si tratta ancora di indicazioni troppo vaghe, dal momento che, per esempio, l’avvelenamento potrebbe essere causato con varie sostanze e con molti mezzi diversi?

di sostanze alimentari (440)<sup>136</sup>, adulterazione e contraffazione di altre cose in danno della pubblica salute (441)<sup>137</sup>, commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate (442)<sup>138</sup>, commercio o somministrazione di medicinali guasti (443)<sup>139</sup>, commercio di

---

<sup>136</sup> Art. 440 c.p. – Adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari.

“1. Chiunque corrompe o adultera acque o sostanze destinate all'alimentazione, prima che siano attinte o distribuite per il consumo, rendendole pericolose alla salute pubblica, è punito con la reclusione da tre a dieci anni.

2. La stessa pena si applica a chi contraffà, in modo pericoloso alla salute pubblica, sostanze alimentari destinate al commercio.

3. La pena è aumentata se sono adulterate o contraffatte sostanze medicinali”.

<sup>137</sup> Art. 441 c.p. – Adulterazione o contraffazione di altre cose in danno della pubblica salute.

“1. Chiunque adultera o contraffà, in modo pericoloso alla salute pubblica, cose destinate al commercio, diverse da quelle indicate nell'articolo precedente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni o con la multa non inferiore a euro 309”.

<sup>138</sup> Art. 442 c.p. – Commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate.

“1. Chiunque, senza essere concorso nei reati preveduti dai tre articoli precedenti, detiene per il commercio, pone in commercio, ovvero distribuisce per il consumo acque, sostanze o cose che sono state da altri avvelenate, corrotte, adulterate o contraffatte, in modo pericoloso alla salute pubblica, soggiace alle pene rispettivamente stabilite nei detti articoli”.

Concordano sulla natura di reato a forma vincolata G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 611; G. COGNETTA, *La cooperazione*, cit., pp. 72-73.

<sup>139</sup> Art. 443 c.p. – Commercio o somministrazione di medicinali guasti.

“1. Chiunque detiene per il commercio, pone in commercio o somministra medicinali guasti o imperfetti è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 103”.

Concordano sulla natura di reato a forma vincolata G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 611; G. COGNETTA, *La cooperazione*, cit., pp. 72-73.

sostanze alimentari nocive (444)<sup>140</sup>, somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica (445)<sup>141</sup>.

Ancora, l'art. 451 c.p. disciplina l'omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro, tipizzando la condotta omissiva (*"chiunque, per colpa, omette di collocare o rimuove o rende inservibili apparecchi o altri mezzi destinati alla estinzione di un incendio, o al salvataggio o al soccorso contro disastri o infortuni sul lavoro"*)<sup>142</sup>; l'inadempimento colposo di contratti di forniture (art. 355, comma 3 c.p.<sup>143</sup> e art. 251,

---

<sup>140</sup> Art. 444 – Commercio di sostanze alimentari nocive.

"1. Chiunque detiene per il commercio, pone in commercio ovvero distribuisce per il consumo sostanze destinate all'alimentazione, non contraffatte né adulterate, ma pericolose alla salute pubblica, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 51.

2. La pena è diminuita se la qualità nociva delle sostanze è nota alla persona che le acquista o le riceve".

Concordano sulla natura di reato a forma vincolata G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 611; G. COGNETTA, *La cooperazione*, cit., pp. 72-73.

<sup>141</sup> Art. 445 c.p. – Somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica.

"1. Chiunque, esercitando, anche abusivamente, il commercio di sostanze medicinali, le somministra in specie, qualità o quantità non corrispondente alle ordinazioni mediche, o diversa da quella dichiarata o pattuita, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032".

Concordano sulla natura di reato a forma vincolata G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 611; G. COGNETTA, *La cooperazione*, cit., pp. 72-73.

<sup>142</sup> Lo cita come esempio di reato a forma vincolata G. COGNETTA, *La cooperazione*, cit., pp. 72-73.

<sup>143</sup> "Art. 355 c.p. – Inadempimento di contratti di pubbliche forniture.

1. Chiunque, non adempiendo gli obblighi che gli derivano da un contratto di fornitura concluso con lo Stato, o con un altro ente pubblico, ovvero con un'impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità, fa mancare, in tutto o in parte, cose od opere, che siano necessarie a uno stabilimento pubblico o ad un pubblico servizio, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 103.

2. La pena è aumentata se la fornitura concerne:

comma 2 c.p. che incrimina la stessa condotta tenuta in tempo di guerra); l'omissione colposa di assistenza (art. 1158, commi 1 e 3 c. nav.)<sup>144</sup> e l'omessa consegna o deposito di cose del fallimento ex art. 230 comma 2 r.d. 16 marzo 1942, n. 267<sup>145</sup>.

Vi sono anche casi di reati colposi di evento a forma vincolata, come quello disciplinato dall'art. 217, comma 1, n. 4 r.d. 16 marzo 1942, n. 267, che punisce l'imprenditore che *"ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento"*, o l'art. 1158 del codice della navigazione, che al comma 2 incrimina la lesione personale o la morte come conseguenza dell'omessa assistenza<sup>146</sup>.

---

1) sostanze alimentari o medicinali, ovvero cose od opere destinate alle comunicazioni per terra, per acqua o per aria, o alle comunicazioni telegrafiche o telefoniche;

2) cose od opere destinate all'armamento o all'equipaggiamento delle forze armate dello Stato;

3) cose od opere destinate ad ovviare a un comune pericolo o ad un pubblico infortunio.

3. Se il fatto è commesso per colpa, si applica la reclusione fino a un anno, ovvero la multa da euro 51 a euro 2.065

4. Le stesse disposizioni si applicano ai subfornitori, ai mediatori e ai rappresentanti dei fornitori, quando essi, violando i loro obblighi contrattuali, hanno fatto mancare la fornitura".

<sup>144</sup> Art. 1158 c. nav. – Omissione di assistenza a navi o persone in pericolo

"1. Il comandante di nave, di galleggiante o di aeromobile nazionale o straniero, che ometta di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne ha l'obbligo a norma del presente codice, è punito con la reclusione fino a due anni. [...]

3. Se il fatto è commesso per colpa, la pena è della reclusione fino a sei mesi; nei casi indicati nel comma precedente, le pene ivi previste sono ridotte alla metà".

<sup>145</sup> Art. 230, comma 2 r.d. 16 marzo 1942, n. 267

"1. Il curatore che non ottempera all'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altra cosa del fallimento, ch'egli detiene a causa del suo ufficio, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a euro 1.032.

2. Se il fatto avviene per colpa, si applica la reclusione fino a sei mesi o la multa fino a euro 309".

<sup>146</sup> Art. 1158, comma 2 c. nav. "La pena è della reclusione da uno a sei anni, se dal fatto deriva una lesione personale; da tre a otto anni, se ne deriva la morte".

Non si dimentichi, poi, che molti illeciti penali in materia ambientale, alimentare e di sicurezza sui luoghi di lavoro sono previsti nella forma di contravvenzioni colpose a forma vincolata.

Alcuni di questi reati sono anche esempi di fattispecie di mera condotta (art. 452 in relazione agli artt. 442, 443, 444, 445)<sup>147</sup>.

Diversi autori ritengono che, rispetto a queste fattispecie, e ai reati colposi propri, la norma sulla cooperazione colposa abbia una vera e propria funzione incriminatrice.

È ovvio che nella struttura di questi reati vi sono elementi che, generalmente parlando, limitano il numero dei potenziali soggetti agenti, perché la fattispecie richiede che essi abbiano delle particolari caratteristiche, o che le condotte siano realizzate con modalità specifiche. Conseguentemente, saranno molti di più i contributi atipici; a questi si rivolge la norma sulla cooperazione colposa, investendoli della rilevanza penale. Perché ciò avvenga nel rispetto dei canoni della legalità e del principio di responsabilità penale, è assolutamente necessario, tuttavia, che siano presenti gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie concorsuale. Ragionando in termini di accessorietà, lo stesso concetto si potrebbe esprimere affermando che devono sussistere tutte le condizioni perché il collegamento tipico possa avere luogo. Come è facile intuire, questo primo presupposto teorico si sviluppa in direzioni diverse a seconda del valore che le varie concezioni assegnano agli elementi della fattispecie concorsuale colposa.

Ciò che non può mancare, in ogni caso, è l'apporto causale: senza di questo semplicemente manca uno dei pilastri per fondare la tipicità del contributo del partecipe, perché manca il collegamento con l'evento-reato.

Le divergenze tra le varie dottrine si incentrano, ancora una volta, sull'elemento soggettivo.

Le teorie che ne accentuano il profilo normativo affermano come la violazione della norma cautelare sia strettamente legata, prima ancora che alla colpevolezza, alla tipicità del contributo. Pertanto, la possibilità di individuare una norma che si applichi

---

<sup>147</sup> Sul punto, cfr. S. CORBETTA, Sub Art. 442 in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini-G.L. Gatta, IV ed., vol. II, Milanofiori Assago, Ipsoa Wolters kluver, p. 401; ID., Sub Art. 443, *ivi*, p. 447; ID., Sub Art. 444, *ivi*, p. 567; ID., Sub Art. 445, *ivi*, p. 620.

al partecipe – che riguardi, in altre parole, lui solo e non sia un semplice calco della norma cautelare imposta all'autore – è una condizione essenziale tanto quanto la causalità. L'unico modo per poter formulare direttamente questo rimprovero è incentrarlo non sulla previsione, bensì sulla prevedibilità dell'interazione con altre condotte. In virtù di questo elemento di personalità della responsabilità, e attraverso il meccanismo dell'art. 113, è possibile imputare la stessa responsabilità dell'agente anche al partecipe che non ha realizzato le particolari modalità della condotta individuate e richieste dal legislatore nella forma monosoggettiva. Ecco, quindi, che la prevedibilità dell'altrui condotta svolge anche un ruolo di contenimento rispetto a tutte le possibili imputazioni<sup>148</sup>.

Pertanto, tale ricostruzione appare confermata dal richiamo che gli artt. 113 e 114 fanno all'applicabilità delle circostanze di cui agli artt. 111, 112 n. 3 e 4: in queste ipotesi viene descritta la partecipazione di un soggetto che non compie direttamente l'azione tipica, ma contribuisce a determinarla: non ci sono ragioni per non applicare questo paradigma, che tanto pianamente si accorda con il concorso nel reato doloso, anche alla cooperazione colposa<sup>149</sup>.

Le teorie che, al contrario, fanno leva sul profilo di rappresentazione dell'altrui condotta colposa, fondano su questo elemento la connessione che permette di costruire la tipicità dei contributi dei partecipi. Il loro apporto, dunque, diventa rilevante perché causale e perché legato da questa effettiva rappresentazione che è l'imprescindibile legame soggettivo con la condotta dell'autore<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Cfr. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., pp. 117 ss.

<sup>149</sup> Sul punto cfr. G. COGNETTA, *La cooperazione*, cit., pp. 73-75.

<sup>150</sup> In tal senso, tra gli altri, C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 581-583. Riconoscono una funzione incriminatrice alla cooperazione colposa, pur senza entrare nel dettaglio circa il ruolo dell'elemento soggettivo: G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 529; G. GRASSO, *Sub Art. 113*, cit., p. 240.

### 2.4.3. Una funzione incriminatrice anche per i delitti colposi causalmente orientati?

Vi sono poi alcune teorie che hanno proposto una funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. anche per i reati a forma libera.

La prima ricostruzione sottolinea come i comportamenti dei soggetti che cooperano indirettamente alla causazione dell'evento (quale, per esempio, il venditore che consegna l'auto al cliente senza spiegargli il funzionamento dei complessi controlli elettronici, contribuendo a provocare l'investimento di un passante) non siano in realtà definibili come tipici, non per un difetto sul piano causale, bensì per la mancanza di un diretto contrasto con un obbligo di diligenza. Questi, infatti, ricevono la loro nota di colpevolezza solo per essere legati alle altrui condotte da un elemento soggettivo (la rappresentazione del carattere colposo dell'attività altrui). Questo significa, tuttavia, che la connessione che trasmette la tipicità dipende dall'elemento soggettivo, cioè da un elemento della fattispecie concorsuale: ecco quindi che, anche rispetto a condotte che isolatamente possono essere considerate causali, è solo la norma sulla cooperazione a garantire questo trasferimento di rilevanza penale<sup>151</sup>.

Giunge ad una conclusione del tutto simile quella teoria che ritiene che solo il concreto combinarsi di una condotta con quelle colpose altrui consenta di specificare la pericolosità astratta e indeterminata iniziale della prima (un collegamento – come abbiamo visto – che non può prescindere dalla coscienza del carattere colposo dell'attività altrui). Di conseguenza, la cooperazione colposa che permette questo collegamento svolge una funzione incriminatrice, perché consente di fare emergere il carattere colposo dell'azione del partecipe<sup>152</sup>.

Di diverso avviso sono altri studiosi, che ricordano come il giudizio sul carattere colposo della condotta altrui si debba ricavare sempre dal complesso di tutte le

---

<sup>151</sup> In questi termini: A.R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, cit., p. 615; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 583.

<sup>152</sup> L. RISICATO, *Combinazione ed interferenze di forme di manifestazione del reato*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 149.



circostanze concrete in cui il soggetto agisce e si debba parametrare ad una norma che non impone al soggetto di impedire l'evento, ma di impedire la condotta altrui. Quindi il noleggiatore avrebbe dovuto impedire che quel soggetto, privo di patente, ricevesse la macchina, per esempio chiedendogli il documento e, se del caso, negandogli il noleggio<sup>153</sup>. L'impostazione precedente potrebbe essere corretta rilevando, piuttosto, come le condotte del partecipe acquistino rilevanza perché violano degli obblighi di natura secondaria, diretti appunto all'impedimento della condotta altrui. Le due visioni differiscono per il profilo dell'elemento soggettivo: nella prima è la consapevolezza del carattere colposo dell'azione altrui a permettere la fondazione della tipicità; nella seconda è un obbligo cautelare di diversa natura. Si tratta di obblighi "*che assumono ad oggetto non il proprio, ma l'altrui comportamento, nel senso che impongono di verificare, controllare, impedire eventuali attività colposa da parte di terzi*"<sup>154</sup>. Tali obblighi danno quindi origine ad una tipologia di colpa diversa da quella monosoggettiva, ed è in base a questa diversità che viene riconosciuta una funzione incriminatrice all'art. 113.

## **2.5. *Una figura troppo problematica, una figura sopravvalutata***

Dopo aver esposto le numerose questioni di incerta soluzione circa la struttura e la funzione della cooperazione colposa, intendiamo proporre la nostra posizione che – lo anticipiamo – è piuttosto radicale.

Riteniamo, infatti, che si tratti di un istituto dal carattere troppo incerto e, fondamentalmente, inutile.

Per motivare il giudizio circa l'eccessiva incertezza della figura basterebbe forse far riferimento alla varietà di opinioni contrastanti maturate circa il nesso soggettivo, su cui si fondano contrastanti opinioni sulla differenza tra la cooperazione e il concorso di cause indipendenti. Tuttavia, vi sono altre e più decisive osservazioni da svolgere.

---

<sup>153</sup> F. ANGIONI, *Il concorso colposo*, cit., p. 60 e G. COGNETTA, *La cooperazione*, p. 85.

<sup>154</sup> G. COGNETTA, *La cooperazione*, cit., p. 88.

Circa la natura dell'elemento soggettivo, concordiamo con le critiche che le teorie normative muovono alle teorie psicologiche che lo identificano nella semplice consapevolezza della condotta altrui, o dell'altrui condotta colposa: accontentandosi di questo dato, si elude infatti l'individuazione di un parametro normativo, di una regola di diligenza di cui A, il partecipe, dev'essere destinatario, e che gli imponga di considerare la condotta di B. Le concezioni normative si sforzano allora di individuare una regola di diligenza che opererebbe esclusivamente in un contesto plurisoggettivo colposo, e che, fondamentalmente, imporrebbe ad A di prevedere la condotta di B e di adeguare il proprio comportamento a questa. Tuttavia, a nostro giudizio manca un qualsiasi dato normativo che possa giustificare la fondazione di quella che non possiamo fare a meno di definire una regola di diligenza surrettizia; sul piano fattuale, poi, si rischia di far sorgere la necessità di questa regola da una semplice situazione fattuale, che potrebbe verificarsi per puro caso (il c.d. intreccio cooperativo), in cui uno dei soggetti dovrebbe accorgersi che la situazione concreta lo obbliga a prevedere la condotta altrui.

La prospettazione di una regola di diligenza surrettizia appare confermata da parte della giurisprudenza di legittimità, secondo cui *“proprio il nesso d'indole psicologica che lega la volontà dell'agente all'altrui condotta colposa (così assumendo sulla propria azione il medesimo disvalore di quella) – e il fatto stesso di orientare la propria attività cooperativa all'obiettivo mantenimento (quando non all'aggravamento o alla concretizzazione) della situazione di rischio (oggettivamente percepibile) da altri realizzata – vale a confermare la perdurante compatibilità, con il principio di colpevolezza, del rimprovero in ipotesi levato in relazione a condotte (in sé oggettivamente considerate) del tutto rispettose di regole cautelari”*<sup>155</sup>.

Alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza: il socio amministratore di una società subaffittuaria di una stalla è considerato responsabile, insieme all'amministratore unico della s.r.l. proprietaria della medesima stalla e committente dei lavori di sostituzione di alcune lastre di cemento della copertura del tetto, dell'infortunio mortale di uno degli operai. Le sentenze di merito avevano accertato come il primo fosse indubbiamente a conoscenza dell'omissione di cautele messa in atto dal secondo, e dunque della

---

<sup>155</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 3 ottobre 2013, n. 43083, in CED, n. 257197.

situazione di pericolo che si era creata, e come, nonostante questo, avesse partecipato ai lavori anche in prima persona, ammonendo sì gli operai a fare attenzione, ma senza impedire loro di esporsi al rischio e senza fornire adeguate protezioni<sup>156</sup>. La Corte di Cassazione non fa mistero che, al di là dell'apporto sul piano causale, l'unico nesso tra la condotta del partecipe e quella dell'agente è proprio quello soggettivo, la conoscenza dell'altrui condotta. È dunque vero che, di per sé, il partecipe non ha violato alcuna norma cautelare o, almeno, alcuna norma cautelare originariamente presente: il compito di predisporre le opportune misure di sicurezza gravava infatti sull'altro soggetto. Eppure, dal semplice trovarsi ad operare in un contesto pericoloso nasce, *pur in assenza di ogni posizione di garanzia*, un vero e proprio dovere di astensione anche in capo al partecipe, dovere al quale egli ha trasgredito, impegnandosi in prima persona nel lavoro e consentendo ad altri di proseguire nelle loro mansioni. In questo caso, *“l'integrazione di un'ipotesi di cooperazione nel delitto colposo viene determinata, non già dai caratteri oggettivi della condotta, bensì dal contenuto della volontà del soggetto che aderisce intenzionalmente all'altrui azione negligente, imprudente o inesperta, assumendo così sulla sua azione (anche di sola agevolazione) il medesimo disvalore che, in origine, è caratteristico solo dell'altrui comportamento”*<sup>157</sup>.

In queste sentenze viene chiaramente esplicitato come la norma cautelare violata dal partecipe abbia a tutti gli effetti un carattere *relazionale*; si tratta, quindi, di obblighi che non graverebbero sul partecipe se questi si trovasse ad operare da solo, e che pertanto discendono direttamente dal collegamento con la condotta dell'autore. Assumendo che per tutti sia stato compiuto un valido accertamento causale, e che quindi tutte le condotte contribuiscano alla realizzazione del reato, questa impostazione determina un radicale cambiamento nel modo di intendere la struttura della cooperazione colposa, dal momento che il contributo del partecipe non deve necessariamente essere *autonomamente* colposo, ma può, per così dire, derivare la sua tipicità dalla violazione della regola cautelare dell'altro soggetto.

---

<sup>156</sup> Il caso qui riportato è quello della sentenza citata, Cass. pen., sez. IV, sent. 3 ottobre 2013, n. 43083, cit.

<sup>157</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 3 ottobre 2013, n. 43083, cit.

Questo schema è stato applicato nel caso Aldrovandi<sup>158</sup>, stabilendo che proprio l'azione simultanea secondo uno specifico e convergente modulo organizzativo connesso alla gestione del rischio determina, in capo a ciascuno dei cooperanti, non solo il dovere di intervenire individualmente in modo appropriato, ma anche di adoperarsi efficacemente per regolare e moderare la condotta altrui, ponendo così in essere un'azione di reciproca vigilanza.

Tuttavia, questa incerta costruzione teorica non è necessaria, e lo possiamo affermare proprio alla luce dello studio sulle note relazionali nella struttura del reato *monosoggettivo* che abbiamo condotto nelle prime due parti del nostro lavoro.

Se, infatti, è vero che esistono obblighi di diligenza relazionali, stabiliti dall'ordinamento, questi comportano già che il soggetto A “si preoccupi” del comportamento di B; e vi sono poi numerosi istituti costruiti sulla relazione tra le condotte dei due soggetti: si tratta dei limiti al principio di affidamento, degli obblighi di garanzia di protezione, controllo e impedimento del reato altrui (ma dei rapporti tra omissione e concorso colposo parleremo nell'ultimo paragrafo del presente capitolo), delle correlazioni tra la condotta colposa dell'agente e l'evento che ne scaturisce. La differenza rispetto alla costruzione teorica della cooperazione colposa è evidente: gli obblighi di diligenza relazionale sono pur sempre obblighi di diligenza, e sussistono in considerazione del medesimo processo di normazione che riguarda ogni regola cautelare; non devono, cioè, essere dedotti surrettiziamente da una fattispecie concorsuale, quantomai laconica nella sua formulazione o – addirittura – essere dedotti da una situazione di fatto quale l'intreccio cooperativo: alle situazioni di fatto dev'essere applicata una regola già presente.

Un esempio di quanto vogliamo esprimere si può trovare in una celebre sentenza, che riconosce sì la cooperazione colposa, ma dalla quale possiamo trarre *a contrario*

---

<sup>158</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 21 giugno 2012, n. 36280, in CED, n. 253566. La vicenda, tristemente nota, ha visto la condanna degli agenti di polizia che avevano collaborato nel tentativo di bloccare un ragazzo che dava in escandescenze in seguito all'assunzione di stupefacenti; la forza messa in atto dai pubblici ufficiali era stata tale da provocare la morte del giovane per insufficienza cardiaca, integrando così un chiaro eccesso dei limiti del legittimo intervento.

alcune indicazioni. Nel caso *Thyssenkrupp*, vengono affrontati diffusamente i problemi relativi alla rilevanza delle condotte colpose<sup>159</sup>. In particolare, viene riconosciuto il meccanismo della cooperazione rispetto agli imputati membri del *board*, un comitato decisionale in cui sono state scambiate tutte le informazioni essenziali per comprendere la situazione dello stabilimento torinese e in cui sono state adottate le più importanti scelte strategiche. I giudici di legittimità confermano l'impostazione della Corte d'Appello che ravvisa la cooperazione colposa tra le condotte dei singoli soggetti: uno di questi non ha esercitato il potere di segnalazione delle irregolarità sulla sicurezza, un altro ha collaborato con l'amministratore delegato nella sciagurata gestione degli investimenti per i sistemi antincendio, un altro ha riferito le decisioni del *board* ad altri organi senza segnalare in alcun modo incendi minori che si erano verificati, un altro ha esercitato un ruolo dirigenziale di fatto in quanto responsabile del servizio di prevenzione e protezione per la salute e sicurezza dei lavoratori, redigendo peraltro documenti di valutazione dei rischi e procedure di evacuazione dello stabilimento difformi dalla realtà. Esauriti i problemi in punto di rilevanza causale, la Corte di Cassazione ricostruisce la struttura della cooperazione colposa ritenendo sufficiente il nesso soggettivo tra le condotte, purché la sinergia sia imposta dalla legge o dall'organizzazione, ovvero sia un dato di fatto noto a tutti i cooperanti. Tuttavia, in punto di tipicità, viene precisato che le singole condotte sarebbero già autonomamente identificabili come colpose, soprattutto in virtù di una serie di posizioni di garanzia che vengono ricostruite per i singoli soggetti<sup>160</sup>. Queste condotte sono “*frammenti del complesso processo decisionale, sicuramente colpose, sicuramente in grado di influenzare l'andamento delle cose e quindi significative se riguardate isolatamente*”<sup>161</sup>. La Corte precisa però che le stesse condotte sono “*ancor più pregnanti in senso antigiuridico se incastonate nel*

---

<sup>159</sup> Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 aprile 2014, n. 38343, in CED, nn. 261107, 261109.

<sup>160</sup> Non entriamo qui nel problema della correttezza o meno di tali costruzioni: quello che interessa sottolineare è che, nel pensiero della Cassazione, tutti questi soggetti siano titolari di una posizione di garanzia.

<sup>161</sup> Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

*complessivo quadro cooperativo*"<sup>162</sup>. A nostro giudizio, quella "maggiore pregnanza" non deriva dall'istituto della cooperazione colposa, ma semplicemente dal carattere relazionale delle norme di diligenza, già riscontrabile in un'imputazione monosoggettiva.

Queste considerazioni possono poi essere estese anche ai casi in cui una condotta sia determinata da un'altra, cioè laddove il partecipe A tenga un comportamento *grazie al quale* l'autore B può realizzare la lesione: anche qui la responsabilità colposa di A dipenderà – in primo luogo – dalla sussistenza di una regola di diligenza che colleghi la condotta di A ai suoi possibili sviluppi, compresa l'interferenza della condotta di B.

Per quanto concerne la funzione di incriminazione nei reati a forma libera, gran parte della dottrina ne riconosce l'assenza, poiché le condotte sarebbero tipiche già in funzione della fattispecie monosoggettiva. In risposta a quelle tesi che, al contrario, sostengono che anche per questi reati la cooperazione colposa dia vita ad una nuova tipicità, ci rifacciamo alle considerazioni appena svolte sulla sufficienza delle regole "relazionali" di diligenza dettate per le fattispecie monosoggettive.

È poi stato sostenuto in dottrina che negare una funzione di incriminazione alla cooperazione colposa equivalga, nel caso dei reati di mera condotta, ad escludere dall'area del penalmente rilevante i comportamenti che sono così poco significativi se considerati isolatamente da non poter essere considerati tipici in un'ottica monosoggettiva, neppure a fronte della libertà delle forme. Dubitiamo fortemente che fare rientrare tali contributi nell'area del penalmente rilevante sia compatibile con il principio di legalità e di offensività. Se infatti una condotta umana è caratterizzata da una pericolosità così astratta e latente che solo combinandosi con la condotta dell'autore potrebbe portare alla realizzazione del reato, non sembra consigliabile punirla, specialmente in un contesto, come quello colposo, in cui l'evento deve apparire come la concretizzazione dello specifico rischio che la regola cautelare violata mirava a prevenire.

---

<sup>162</sup> *Ibidem.*

Per ciò che concerne i reati a forma vincolata, è indubbiamente vero che, senza ricorrere alla cooperazione colposa, restano esclusi dall'area del penalmente rilevante alcuni apporti cooperativi che non rispondono alla descrizione della norma. Tuttavia, il problema deve a nostro giudizio essere innanzitutto ridimensionato: abbiamo constatato le difficoltà di rinvenire nel nostro ordinamento fattispecie colpose sul cui carattere di reati vincolati ci sia un generale accordo di dottrina e giurisprudenza. In ogni caso, l'esclusione della punibilità degli apporti atipici ai reati a forma vincolata trova le seguenti giustificazioni: anche se ipotizzassimo di ricorrere al 113, la descrizione della condotta avrebbe spesso l'effetto di "indebolire" il nesso, che pure deve essere verificato, tra la colpa di un cooperante il cui apporto fuoriesca dalle modalità previste della norma e l'evento che la norma stessa richiede; sorgerebbero inoltre perplessità circa il rispetto della volontà del legislatore, che potrebbe aver utilizzato questa tecnica normativa allo scopo precipuo di ridurre i contributi tipici<sup>163</sup>; infine, la considerazione sistematica per cui la legge prevede già reati di agevolazione colposa fa sorgere ulteriori perplessità.

Per ciò che riguarda l'agevolazione nel reato colposo – altro contributo che resterebbe impunito senza la cooperazione, salvo esplicita disposizione normativa – in linea teorica ne abbiamo ammessa la configurabilità, pur con i dovuti *caveat*. Tuttavia, osserviamo che l'atteggiamento del cooperante non dovrebbe mai scadere nel dolo, neppure eventuale, il che pare in concreto assai difficile. Inoltre, notiamo che se è possibile muovere un rimprovero colposo al soggetto A che "istiga" (e non può che essere così, poiché la condotta del partecipe deve essere colposa), è davvero improbabile che lo stesso atteggiamento non sia punibile sulla base di una regola di diligenza già in forma monosoggettiva, che obblighi a tener conto della possibile influenza della propria condotta motivazionale su altri soggetti.

Per concludere, una considerazione circa la funzione di disciplina. L'apporto sul piano della commisurazione della pena è assai scarso, poiché consente essenzialmente

---

<sup>163</sup> Cfr. F. ANGIONI, *Il concorso colposo*, cit., pp. 53 ss. e anche G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 611.

l'applicazione di tre aggravanti e di un'attenuante, con risultati che ben potrebbero essere raggiunti grazie allo strumento dell'art. 133 c.p.: infatti, anche a fronte di un'imputazione monosoggettiva, il giudice, nella valutazione sulle circostanze concrete di tempo, luogo e modalità dell'azione, della gravità del danno o del pericolo arrecati, del grado della colpa non potrà ignorare che nel contesto fattuale concreto la condotta di A è stata affiancata da quella di B, e avrà quindi il potere/dovere di tener conto dei rapporti tra questi soggetti e dei ruoli che hanno rivestito nella realizzazione del reato<sup>164</sup>. Circa la comunicabilità della querela di cui all'art. 123 c.p., si consideri che l'interessato sarà verosimilmente invitato – se non altro, da chi riceve la querela – ad estenderla ai diversi soggetti potenzialmente coinvolti.

In conclusione, la cooperazione colposa è un istituto dal carattere troppo incerto e troppo poco utile.

Troppo incerto perché i dubbi sulla sua struttura e sul rapporto con la colpa in un contesto monosoggettivo sono molti, rilevanti e difficilmente potrebbero essere chiariti in assenza di un intervento legislativo.

Troppo poco utile perché l'apporto concreto in termini di commisurazione della pena è ricavabile con altri strumenti, i vantaggi processuali non sembrano determinanti né impossibili da ottenere altrimenti.

*De jure condendo*, due sono le alternative percorribili.

La prima richiederebbe una riformulazione dell'art. 113 volta a precisare l'esatto significato della cooperazione; si tratterebbe, ovviamente, non soltanto di un'innovazione terminologica, bensì di un'operazione di rifinitura – o, se si preferisce, di scultura – concettuale, che indichi quale sia il coefficiente psicologico e normativo che deve animare il partecipe e quale nesso causale debba sussistere tra le condotte.

---

<sup>164</sup> Cfr. F. ANGIONI, *Il concorso colposo*, cit., pp. 75-76. In relazione alle attenuanti previste dall'art. 114 c.p., lo stesso autore suggerisce che quella della minima importanza sia trasformata in circostanza comune *tout court*, applicabile anche alle ipotesi di responsabilità monosoggettiva, mentre quella del soggetto determinato ad agire sia eliminata, contribuendo così ad una sorta di *self-restraint* che contenga il penalmente rilevante al di sotto della soglia della colpa grave (*Ivi*, pp. 74-75).



Naturalmente, una simile elaborazione non potrebbe prescindere da un generale riordino della disciplina del concorso e andrebbe inevitabilmente a toccare altre disposizioni assolutamente centrali della parte generale del diritto penale (si pensi soltanto alla definizione della colpa in senso psicologico o normativo).

In considerazione di simili difficoltà, e delle rilevanti obiezioni che abbiamo prima illustrato, si potrebbe perseguire – e ci sembra preferibile – la soluzione alternativa di eliminare la norma sulla cooperazione colposa, sostituendola con disposizioni di parte speciale che disciplinino la cooperazione nei singoli reati. In questo modo, sarebbe assai agevole parametrare i limiti e il contenuto della comune azione colposa, scegliendo il modello di volta in volta più consono alle esigenze dei casi concreti. Il principale rischio di una simile impostazione, probabilmente, risiede nella mancanza di uniformità: è ben possibile, infatti, che il legislatore introduca singole previsioni senza tenere conto di un quadro unitario, con il pericolo di sbilanciare l'estensione del penalmente rilevante anche in funzione di esigenze di politica criminale, o peggio di risposta all'allarme sociale. Tuttavia, se ne guadagnerebbe in termini di certezza – almeno, questo è l'auspicio.

### 3. Il concorso colposo nel reato doloso

L'altro istituto concorsuale che viene in considerazione esaminando la responsabilità colposa di A è il concorso colposo in un fatto doloso (di B)<sup>165</sup>. Presupposti di questa imputazione sono, in estrema sintesi: che la condotta dolosa di B sia espressamente punita anche a titolo di colpa; che il fatto doloso di B non sia di per sé sufficiente a cagionare l'offesa all'interesse protetto (poiché, in tal caso, il concorso

---

<sup>165</sup> Utilizziamo questa espressione che è quella invalsa nella dottrina maggioritaria, sottolineando, tuttavia, che si accorda meglio con la teoria dell'accessorietà e che, dai fautori della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, viene talora sostituita con l'espressione “*concorso di persone con coefficiente psicologico eterogeneo*” (F. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1956).

sarebbe meramente apparente); che sia presente la colpa di A rispetto all'offesa finale prodotta dall'interazione tra A e B. Resta poi, alla stregua di quanto abbiamo visto per la cooperazione colposa, l'incognita di quale sia il legame soggettivo richiesto tra i due soggetti.

L'istituto evidenzia la possibilità di qualificare dal punto di vista giuridico un intreccio fattuale che si presenta più frequentemente di quanto non sembri, come possono dimostrare alcuni esempi esposti all'inizio della nostra trattazione: nel caso I, A, direttore della compagnia aerea che sceglie di ingaggiare il pilota B, nonostante le riserve dei medici che l'hanno visitato, è concorrente colposo nella strage commessa da B che fa schiantare l'aereo su una cittadina? Restando nel I sottogruppo, il venditore di armi A che fornisce a B, ubriaco, la pistola con cui egli uccide un passante è un concorrente nell'omicidio volontario? Nel caso V, l'amministratore delegato A di un'azienda che produce giocattoli dev'essere considerato concorrente colposo nell'omissione dolosa di B, responsabile della produzione che non fa nulla per correggere un difetto che rende alcuni giocattoli pericolosi per l'incolumità dei bambini, solo per la decisione di confermare nell'incarico A, nonostante il sospetto di una condizione di instabilità psichica? In un altro esempio del quinto sottogruppo, A, magistrato del tribunale per i minorenni che assegna il ragazzino alla famiglia di B, è un concorrente colposo nell'omissione dolosa di quest'ultimo che si rifiuta di portare il minore al pronto soccorso dopo una lesione all'occhio, procurandogli così un danno alla vista? Ecco anche una variante del caso III: se alla gara automobilistica clandestina partecipano A, B e un loro amico, e B ha deciso di fare morire quest'ultimo per una spaventosa gelosia nei riguardi della sua donna, insediata da B, quali i profili di responsabilità di A, ignaro del piano, che si limita solo ad ingaggiare una sfida di velocità, pur in evidente contrasto con il codice della strada? Un ultimo esempio, che sarà di non semplice soluzione: se A lavora in un laboratorio chimico dove vengono maneggiate sostanze altamente tossiche, e per distrazione una sera non sigilla correttamente gli armadi di sicurezza dove sono contenute le fiale, e di cui è il solo ad avere la chiave, è responsabile dell'epidemia scatenata da B, analista chimico che lavora nel medesimo laboratorio e, approfittando della distrazione di A, scarica le sostanze nella fogna?

A fronte di una casistica non poi così scarna, su questa figura gravano due diversi ordini di problemi, che esamineremo partitamente: il primo concerne l'ammissibilità stessa di tale forma concorsuale, a fronte della mancata previsione esplicita del legislatore; la seconda riguarda, invece, la sua concreta utilità in termini di tecniche di imputazione.

Una prima serie di dubbi circa la configurabilità di questa figura concerne, in generale, il c.d. "concorso differenziato", cioè l'imputazione concorsuale di due o più soggetti con elementi soggettivi diversi tra loro, che metterebbe in pericolo l'unitarietà del reato concorsuale. Gli indici sistematici del codice penale sono in proposito contrastanti: l'art. 110 parla infatti di concorso nel "medesimo reato"<sup>166</sup>, e il legislatore ha disciplinato espressamente i casi in cui i concorrenti possono partecipare con un titolo differenziato (ad es., nell'art. 116 c.p.)<sup>167</sup>. Viceversa, questi ostacoli sarebbero agilmente superati sol che si guardi alla contribuzione all'offesa quale elemento unificante; inoltre, l'art. 112, ultimo comma c.p. che consente l'applicazione delle aggravanti anche se uno dei soggetti non è colpevole poiché non imputabile disciplina un'ipotesi con un concorrente incolpevole, rispetto alla quale il concorso differenziato sarebbe un *minus*; ancora, l'art. 48 c.p. permette in concreto la coesistenza tra una responsabilità dolosa e una colposa che si riferiscono, necessariamente, al medesimo fatto.

La complessa questione, che è legata ad uno studio delle varie teorie sul concorso, non è di facile soluzione. Essa resta però sullo sfondo poiché, anche ammettendo le forme di concorso differenziate in genere, vi sono altri profili problematici che riguardano specificamente il concorso colposo nel reato doloso. La dottrina

---

<sup>166</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 589-590; G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Padova, Cedam, 1986, p. 669; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro: profili generali*, Milano, Franco Angeli, 1983, p. 103.

<sup>167</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 535; *contra*, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 554.

maggioritaria, infatti, resta contraria ad ammettere questa figura<sup>168</sup>, sulla base di diverse obiezioni.

In primo luogo – come abbiamo ricordato in tema di cooperazione colposa –, l'art. 42, comma 2 c.p. richiede che le fattispecie colpose siano espressamente previste da una norma, e al fine di giustificare la figura in oggetto non pare sufficiente l'art. 113 c.p., che parla solo di cooperazione di più persone “nel delitto colposo”<sup>169</sup>. Sulla base di tale assunto anche la giurisprudenza più risalente ha escluso la configurabilità della figura<sup>170</sup>. Al contrario, sentenze più recenti l'hanno ammessa, affermando che, da un lato, la regola di cui all'art. 42 si riferisce solo alla parte speciale del codice, e non ha la funzione di limitare la disciplina concorsuale; dall'altro, non è necessaria la tipizzazione per la cooperazione colposa, in quanto il dolo non è un atteggiamento soggettivo radicalmente diverso alla colpa, ma se ne differenzia su una scala di intensità, aggiungendo elementi

---

<sup>168</sup> Riferimenti in M. ROMANO-G. GRASSO, *Sub art. 110, Commentario sistematico del codice penale*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2012, vol. II, p. 206. Cfr. inoltre M. SERRAINO, *Il problema della configurabilità*, cit.; F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione, Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, Jovene, 2012, p. 298.

<sup>169</sup> Cfr. F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 209; F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Arch. Pen.*, 1983, p. 72; G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1980, p. 82; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 535; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 112; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro: profili generali*, Milano, Franco Angeli, 1983, p. 90.

<sup>170</sup> Cass. pen., sent. 11 novembre 1996, De Santis, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3401; Cass. pen., Sez. Un., sent. 3 febbraio 1990, Cancilleri, in *Cass. pen.*, 1990, p. 828; Cass. pen., sent. 20 marzo 1991, Festa, in *CED*, 187331.

a quelli già propri della colpa<sup>171</sup>; breve: non c'è dolo senza colpa<sup>172</sup>, quindi la tipizzazione del *minus* (la cooperazione in un delitto colposo, ex art. 113) può fondare anche la tipizzazione del *plus* (il concorso in un delitto doloso)<sup>173</sup>. Ci pare francamente che la soluzione prospettata non sia del tutto convincente: altro sono i rapporti strutturali tra dolo e colpa, altro è la regola di tipizzazione e di imputazione, e non ci sembra rigoroso, in proposito, prescindere dal dato letterale di cui all'art. 42 c.p.; limitare l'efficacia di questo alla parte speciale appare poi piuttosto arbitrario.

Per ciò che riguarda il concorso colposo in una contravvenzione dolosa, dal momento che per questi reati, a differenza che per i delitti, non è necessaria un'esplicita tipizzazione, cadrebbe invece l'obiezione fondata sull'art. 42 c.p.<sup>174</sup> I critici, tuttavia, escludono ugualmente questa figura, che non sarebbe menzionata dall'art. 110 e sarebbe esclusa *a contrario* dall'art. 113 c.p.<sup>175</sup>. Su questo specifico punto riteniamo che non vi sia un vincolo strutturale tale da escludere *a priori* la peculiare forma di manifestazione; l'applicazione rischia però di essere assai limitata.

---

<sup>171</sup> Forse la pronuncia più importante, sul tema, è Cass. pen., sez. IV, sent. 14 novembre 2011, n. 10795, Pozzi, in *Giur. it.*, 2008, II, p. 279, sulla responsabilità dello psichiatra per l'omicidio doloso commesso dal paziente.

Cfr. anche Cass. pen., sez. IV, sent. 12 novembre 2008, n. 4107, Calabrò; Cass. pen., sent. 9 ottobre 2002, Giancarlo, in *Diritto & Giustizia*, 2003, n. 7, p. 103: si trattava di un soggetto che aveva contribuito ad alimentare l'incendio doloso appiccato da un terzo. Cfr. anche Cass. pen., sent. 9 ottobre 2002, Capecchi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 448, con nota di M. SERRAINO, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*.

<sup>172</sup> Il riferimento è, ovviamente, a G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, fasc. 1., pp. 3 ss.

<sup>173</sup> Sembra concordare con queste repliche A. DI MARTINO, *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo-C.E. Paliero, Torino, Giappichelli, 2011, vol. 2, p. 220.

<sup>174</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, X ed., Padova, Cedam, 2017, pp. 520-521.

<sup>175</sup> A. DI MARTINO, *Concorso di persone*, cit., p. 221-222.

Un secondo ostacolo è rappresentato da quella concezione della colpa, in armonia con il principio di autoresponsabilità, secondo cui su ogni soggetto, in circostanze normali, gravano le regole di diligenza che gli impongono di controllare i soli pericoli che scaturiscono dalla propria condotta; nell'ipotesi del concorso colposo in reato doloso altrui, il pericolo o il danno arrecato al bene giuridico non è determinato dal risultato della condotta di A che *di per sé*, ad una valutazione oggettiva, non è intrinsecamente pericolosa; al contrario è determinato dalla condotta di B, che sfrutta materialmente la condotta neutra di A per creare, o per omettere di limitare, il rischio di un'offesa: “non possono essere definite colpose, in base alla mera prevedibilità dell'evento, quelle azioni le quali non sono pericolose in se stesse, ma semplicemente perché forniscono ad altri l'occasione di delinquere”<sup>176</sup>. Mancherebbe in altre parole una regola di diligenza che abbia ad oggetto la prevenzione dell'atto illecito del terzo.

La possibile replica si fonda sui limiti a questa restrizione della responsabilità colposa; in particolare, in un contesto plurisoggettivo, il principio di affidamento non può operare in presenza di una posizione di garanzia che assegna al garante un ruolo di protezione o di controllo (si pensi al caso della compagnia aerea in cui A è il dirigente responsabile della selezione dei piloti), in presenza di indici concreti della pericolosità dell'altro soggetto (l'amministratore delegato della società che produce giocattoli che conferma il responsabile della produzione in evidente stato di perenne angoscia psichica), o laddove A tenga un comportamento tanto negligente che l'evento si sarebbe in ogni caso verificato (se, per esempio, si accertasse che A è stato tanto imprudente da non prevedere alcun sistema di prevenzione per gli incendi nella discoteca di cui è proprietario, al punto che un qualsiasi evento avrebbe determinato un incendio, non si potrebbe escludere la responsabilità concorsuale, benché il fatto doloso di B che appicca il fuoco fuoriesca dalla normale sfera di controllo di A). La risposta che proponiamo a queste repliche non vuole affatto negare la sussistenza di questi limiti dell'affidamento o dell'autoresponsabilità, bensì evidenziare che tali considerazioni possono essere svolte,

---

<sup>176</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 536; G. FIANDACA, *Omicidio colposo per imprudenza professionale di un giornalista (a proposito di una “sconcertante” sentenza emessa in Spagna)*, in *Foro it.*, 1982, IV, p. 243.

semplicemente, riferendole alla “colpa monosoggettiva” di A. Contiamo di aver evidenziato, a questo punto della nostra analisi, che i tratti relazionali della responsabilità penale sono presenti anche nella struttura delle fattispecie in forma monosoggettiva, e che esistono precisi strumenti che fondano o limitano la responsabilità per colpa *in relazione* ad un fatto altrui.

Ritorniamo su questo punto nelle conclusioni del nostro lavoro.

Una terza obiezione concerne il problema della causalità all’interno del concorso: secondo i critici, infatti, la presenza di un fatto doloso di B interromperebbe invariabilmente, ai sensi dell’art. 41, comma 2, c.p., il legame eziologico tra la condotta di A e l’evento, e quindi si tratterebbe in ogni caso di un concorso apparente.

La replica è invece nel senso che questa interruzione non sia automatica, ma si verifica solo quando il fatto doloso è stato di per sé sufficiente alla produzione del risultato lesivo. Inoltre, l’art. 41, comma 3 c.p. ammette che una concausa possa essere rappresentata anche da un fatto illecito altrui; se allora si ammette il concorso di cause indipendenti nel fatto doloso, non si vede perché negarlo se A tiene un atteggiamento colposo<sup>177</sup>. Effettivamente concordiamo con questa replica, poiché l’obiezione sembra confondere il problema della verifica della sussistenza del nesso causale in capo ad ogni concorrente con quello della legittimità della figura concorsuale *tout court*.

Infine, un’ultima critica muove dall’assunto “*ubi lex voluit, dixit*”, vale a dire che il legislatore ha previsto, nei casi in cui era interessato a tipizzare particolari estensioni della sfera della tipicità anche a soggetti che non avessero integrato la fattispecie tipica nella sua completezza, specifiche forme di agevolazione dell’altrui fatto criminoso doloso, autonomamente disciplinate nella parte speciale<sup>178</sup>. Si tratta dei reati disciplinati dagli artt. 254 (agevolazione colposa di distruzione o sabotaggio di opere militari, di cui all’art. 253 c.p.), 259 c.p. (agevolazione colposa di soppressione, falsificazione o

---

<sup>177</sup> A. DI MARTINO, *Concorso di persone*, cit., p. 220.

<sup>178</sup> G. COGNETTA, *La cooperazione*, cit., p. 83; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 536.

sottrazione di atti o documenti concernenti la sicurezza dello Stato, di cui all'art. 255 c.p.; del procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato, di cui all'art. 256 c.p.; dello spionaggio politico e militare, di cui all'art. 257 c.p.; dello spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione, di cui all'art. 258 c.p.), 350 c.p. (agevolazione colposa della violazione di sigilli, di cui all'art. 349 c.p.).

Altra dottrina risponde affermando che questi dati positivi non sarebbero determinanti, poiché il legislatore ha inteso tipizzare esclusivamente casi in cui il concorso differenziato sarebbe stato impossibile, dal momento che i reati oggetto dell'agevolazione non sono puniti autonomamente in forma colposa<sup>179</sup>. Ci sembra, tuttavia, che la replica possa al più ridurre l'obiezione ad un dato neutro, non certamente ad un elemento a favore della configurabilità del concorso colposo in reato doloso.

Per ciò che concerne le applicazioni giurisprudenziali del concorso colposo in reato doloso, la giurisprudenza, superata una riserva in tempi più risalenti<sup>180</sup>, riconosce in diversi casi la figura, purché il reato del partecipe sia previsto anche in forma colposa, e nella condotta del partecipe siano presenti tutti gli elementi della colpa; in particolare, viene sottolineata la necessità che la regola cautelare violata sia orientata alla prevenzione dell'atto illecito volontario di un terzo<sup>181</sup>. Tuttavia, non altrettanta attenzione viene dedicata dalla prassi giurisprudenziale al legame psicologico che dovrebbe sussistere tra le condotte, anche al fine di differenziare la figura concorsuale dalla semplice convergenza di cause indipendenti: le pronunce affermano infatti regolarmente che il concorso sussiste tanto nell'ipotesi in cui i due apporti sono causalmente indipendenti

---

<sup>179</sup> F ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione*, cit., p. 195; sulla tematica, cfr. anche M. SPASARI, voce *Agevolazione*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. I, p. 895.

<sup>180</sup> V. *supra*, nota 170.

<sup>181</sup> Di recente, Cass. pen., sez. IV, sent. 27 aprile 2015, n. 22042, Donatelli, in *Dejure*; cfr. anche Cass. pen., sent. 12 novembre 2008, C.F., in *CED*, 242830, in cui i medici che avevano acconsentito al rilascio del porto d'armi ad un malato psichiatrico sono stati riconosciuti concorrenti negli omicidi e nelle lesioni personali da lui realizzate. In senso contrario, però, cfr. Cass. pen., sent. 14 gennaio 2011, C., in *Guida dir.*, 2011, p. 83; Cass. pen., sent. 14 novembre 2007, Pozzi, O.E., in *CED*, 238957.



tra loro, quanto nel caso di vera e propria cooperazione, senza però chiarire quale sia l'elemento discretivo tra le due ipotesi.

Il che ci introduce al secondo ordine di problemi riguardanti questa figura: la sua utilità.

Quale l'effettivo apporto, in termini di funzione incriminatrice e di disciplina di una figura concorsuale sulla quale si pongono così tanti dubbi di ammissibilità?

Anche in questo caso, come per la cooperazione colposa, rimandiamo il discorso sulla partecipazione *omissiva* di A, di cui tratteremo separatamente, concentrandoci invece sui casi di condotta *attiva*.

Sulla falsariga di quanto già esposto per l'art. 113, sottolineiamo che laddove i singoli apporti colposi siano determinanti, potrebbero essere puniti anche con un'imputazione monosoggettiva, in presenza di una regola cautelare "relazionale".

Potremmo aggiungere che ci sembra piuttosto difficile immaginare un nesso tra la condotta del partecipe A e quella dell'autore B in cui A sia a conoscenza del carattere doloso della condotta di B, o possa prevederlo, ma non scivoli egli stesso nella coscienza e volontà dell'azione che B potrebbe compiere, almeno nella forma del dolo eventuale.

Le incertezze dogmatiche paiono quindi notevoli anche per questo istituto, e a queste si assommano le incertezze circa la sua stessa ammissibilità nell'ordinamento. A fronte di tali problematiche, la sua utilità pratica è invece assai ridotta: richiamando ancora una volta il discorso svolto in tema di cooperazione colposa, evidenziamo gli effetti assai limitati della funzione di disciplina.

#### **4. L'omesso impedimento colposo del reato altrui e i rapporti con le fattispecie plurisoggettive colpose**

L'ultimo scorcio della nostra analisi è dedicato all'esame di una figura assai problematica, quella del concorso omissivo colposo nel reato commissivo. Questo istituto – esempio plastico, da un lato, di una responsabilità relazionale e, dall'altro,

della necessità di uno studio “a tutto tondo”, trasversale rispetto ai singoli elementi o forme di manifestazione del reato – è a prima vista sorretto da due presupposti, entrambi irrinunciabili: l’obbligo giuridico di impedire un evento e un istituto concorsuale colposo. Eppure, una di queste “colonne” potrebbe rivelarsi non portante, bensì posticcia o, addirittura, pericolante. Nelle pagine che seguono daremo conto delle problematiche emerse, indicando le ricostruzioni che ci convincono maggiormente sul piano dogmatico e sistematico.

Il primo quesito che ci poniamo è il seguente: è possibile ricondurre alla clausola di equivalenza di cui all’art. 40, comma 2 c.p. la responsabilità per omesso impedimento di un reato altrui?

Una risposta minima, che pare francamente incontestabile, è affermativa, ma circoscritta ai soli reati a forma libera con evento naturalistico: se infatti il soggetto garante ha ricevuto l’incarico di difendere uno o più beni giuridici facenti capo ad uno o più soggetti, suo compito è proteggerli *sia* da un’aggressione determinata da forze naturali (come una malattia), *sia* da un’aggressione autolesiva, *sia* da un’aggressione determinata da un terzo. In uno degli esempi del X sottogruppo, il poliziotto A cui è affidato un testimone sotto protezione B deve impedire – salve successive valutazioni circa i poteri di impedimento in concreto – che questi si suicidi, ma anche che egli venga ucciso da un sicario pagato dall’imputato del processo per metterlo a tacere. Nel caso XII, il genitore A è titolare di un obbligo di salvaguardare l’incolumità del figlio B mentre questi gioca in piscina, e di impedire le lesioni che si può provocare *tanto* cadendo dallo scivolo *quanto* se un altro bambino, litigando con lui, lo picchia. Come abbiamo indicato nel II capitolo, esistono anche esempi in cui il garante è tenuto a controllare che un soggetto B non commetta un reato, come per esempio nei casi del tutore dell’infermo di mente, o nei problematici esempi delle forze dell’ordine.

Ciò che accade in queste situazioni, dal punto di vista dell’imputazione, è che agli occhi dell’ordinamento è indifferente che il bene protetto sia messo in pericolo da una causa naturale o da un fatto illecito altrui: l’oggetto dell’obbligo di impedimento resta l’evento, che nel caso concreto è determinato dall’azione o dall’omissione di B.

I problemi sorgono allorché si esplori la possibilità di estendere l’obbligo di impedimento anche ai reati privi di un evento (di mera condotta), o a forma vincolata,

cioè a quelle tipologie di reati ai quali, nella forma monosoggettiva, viene ritenuta inapplicabile la clausola di equivalenza causale dell'art 40, comma 2.

L'altro lato del problema è rinvenire l'autentico fondamento dogmatico della responsabilità omissiva di A per il mancato impedimento del fatto illecito di B: la dottrina è infatti divisa tra coloro che ammettono quest'obbligo esclusivamente in funzione dell'art. 40, comma 2 c.p. e coloro che richiedono una – limitata – combinazione con gli istituti concorsuali per l'applicazione ad un contesto plurisoggettivo.

#### ***4.1. Prima tesi: l'inammissibile interferenza sul piano dell'incriminazione tra l'art. 40, comma 2 e le forme di manifestazione plurisoggettiva colposa***

##### **4.1.1. L'inammissibilità dell'equivalenza tra il termine "evento" dell'art. 40, comma 2 c.p. e il fatto illecito altrui**

Dottrina autorevole, benché minoritaria, ha rigettato l'ipotesi che il termine "evento" possa equivalere al "fatto illecito altrui"<sup>182</sup>.

Innanzitutto, è stato evidenziato che in questo modo viene assegnato all'art. 40, comma 2 un duplice, distinto ambito di operatività: c'è un tendenziale accordo tra la dottrina che in ambito monosoggettivo, affinché l'omissione di un soggetto sia penalmente rilevante, ritiene necessaria la presenza di un reato commissivo causale puro

---

<sup>182</sup> Cfr., in particolare, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979, in part. pp. 181 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 629-630; L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione e reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 1267 ss.; ID., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 389 ss.. Adesivamente, T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 119-120.

e con evento naturalistico; per questo, come abbiamo illustrato nel capitolo II del nostro lavoro, non è possibile applicare la clausola di equivalenza ai reati di mera condotta, né a quelli a forma vincolata (sui questi ultimi, tuttavia, permangono più oscillazioni dottrinali). Ciò premesso, gli autori citati criticano l'abbandono di questa delimitazione in ambito plurisoggettivo: intendere l'evento, oggetto dell'obbligo di impedimento, come un qualsiasi fatto illecito altrui, anche a forma vincolata o di mera condotta, costituirebbe un'arbitraria dilatazione della sfera della tipicità delle ipotesi omissive improprie<sup>183</sup>.

Inoltre, chiedere ad un soggetto garante di impedire il reato altrui significa domandargli di ostacolare lo sviluppo di una condotta umana che si svolge quasi sempre al di fuori del proprio ambito di dominio e di controllo, una vicenda, cioè, sulla quale egli non può esercitare la necessaria signoria e, quindi dispiegare i necessari poteri per impedirla (l'eccezione sarebbe rappresentata dal caso in cui l'autore del reato che dev'essere impedito è egli stesso sotto la protezione del garante, investito contemporaneamente di una posizione di controllo e di una di protezione: il genitore deve proteggere il figlio minore, ma impedire che questi leda i beni di un terzo)<sup>184</sup>.

L'equiparazione determinerebbe nientemeno che una trasgressione del principio di frammentarietà del diritto penale, e assegnerebbe al giudice il compito di individuare nuove condotte punibili, in nome di prospettate esigenze di tutela<sup>185</sup>.

Inoltre, non sarebbe convincente l'argomento che trae questa operatività estesa dell'art. 40, comma 2 c.p. dal confronto con l'art. 138 c.p.m.p.; uno sguardo sistematico, al contrario, suggerirebbe la conclusione opposta: in primo luogo, la disposizione del

---

<sup>183</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 629-630; G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, op. cit., pp. 181 ss. Va in proposito ribadito che la limitazione operata dall'Autore ai soli reati causali puri con evento naturalistico come fattispecie cui risulti applicabile l'equivalenza causale va letta in combinato disposto con la considerazione per cui la tutela incisiva dei reati omissivi impropri dovrebbe essere dispiegata solo per proteggere i beni della vita e dell'integrità fisica; i delitti contro la vita, l'incolumità individuale e l'incolumità pubblica sono in effetti in gran parte formulati quali reati causali puri (cfr. *Ivi*, spec. p. 41).

<sup>184</sup> G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 176-178.

<sup>185</sup> L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 392.

codice militare contiene una tipizzazione espressa delle fattispecie punibili, e sarebbe pertanto un distinto reato proprio, sanzionato con una pena autonoma, a differenza dell'art. 40, comma 2<sup>186</sup>: una fattispecie circoscritta e specifica non sembrerebbe idonea, pertanto, a legittimare l'estensione di una clausola generale; nel testo dell'art. 138 c.p.m.p. è poi inserita la clausola di riserva espressa che fa salva l'applicabilità dell'art. 40 "in ogni altro caso" che non sia quello previsto dalla norma che contiene il richiamo, ma tale specificazione non può pregiudicare i limiti di applicabilità dell'art. 40, comma 2, che restano distinti e autonomi rispetto al reato militare; far discendere dall'esistenza di una figura speciale quale l'art. 138 c.p.m.p. l'esistenza (negli stessi limiti applicativi) di una norma generale quale l'art. 40, comma 2 c.p. sarebbe lo stesso che legittimare la cooperazione colposa sulla base della tipizzazione di alcune fattispecie particolari di agevolazione colposa<sup>187</sup>.

Neppure potrebbe essere rinvenuta una conferma sistematica per estendere l'area a cui applicare l'art. 40, comma 2 nell'art. 57 c.p., concernente la responsabilità del direttore di periodico: in modo ancor più radicale rispetto a quanto illustrato per l'art. 138 c.p.m.p., infatti, tale norma appartiene – secondo i critici – ai reati propri, ed è incapace di legittimare una clausola generale<sup>188</sup>.

Ancora, valore dirimente non potrebbe essere attribuito all'uso elastico del concetto di evento da parte del legislatore, che lo usa per indicare talvolta il reato nel suo complesso (per es., nell'art. 43 e, in modo ancor più evidente, nell'art. 116 c.p.). Infatti, questa ambiguità non legittimerebbe l'adozione del concetto più ampio di evento per la clausola generale di cui all'art. 40, ma richiederebbe un'accurata interpretazione di questa norma per comprendere quale significato il legislatore abbia voluto intendere: trattandosi di una disposizione in tema di causalità, sarebbe evidente – sostengono i critici – la scelta in senso restrittivo. In ogni caso, l'argomento del significato elastico del termine evento proverebbe troppo: se si ammettesse l'equiparazione dell'evento al fatto

---

<sup>186</sup> L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 392. Si noti che secondo questa concezione l'art. 138 c.p.m.p. è un reato proprio. Quale che sia la teoria prescelta, resta però l'argomentazione della comminazione sanzionatoria autonoma.

<sup>187</sup> L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 393.

<sup>188</sup> L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 396.

illecito altrui in un contesto plurisoggettivo, perché si dovrebbe circoscrivere l'ambito di operatività della stessa norma in un contesto monosoggettivo ai soli reati con evento naturalistico? A queste perplessità se ne aggiunge poi una ulteriore, dal momento che l'art. 116 c.p. è un'ipotesi di responsabilità oggettiva, e sarebbe riconducibile al principio della responsabilità personale e colpevole solo a patto di un'articolata ricostruzione, risultando così troppo fragile quale base giustificativa della equiparazione tra evento e fatto illecito altrui<sup>189</sup>.

Dal punto di vista causale, poi, equiparare l'evento al fatto illecito altrui significherebbe aggiungere un terzo comma all'art. 40, del tutto analogo al terzo comma dell'art. 41, che dovrebbe affermare: "le disposizioni precedenti si applicano anche quando l'evento non impedito consiste nel fatto illecito altrui". Tale operazione, però, equivarrebbe ad un'analogia *in malam partem*<sup>190</sup>.

#### 4.1.2. Le conseguenze: l'art. 113 c.p. non può estendere l'area delle condotte penalmente rilevanti ex art. 40, comma 2 c.p. Residualità della funzione di disciplina. L'ammissibilità di una "combinazione" tra le due forme di manifestazione

La conseguenza della radicale negazione dell'equivalenza tra un evento e un fatto illecito altrui sposta il problema sull'ammissibilità di una "combinazione" o di una "interferenza" tra l'art. 40, comma 2 e le forme di manifestazione plurisoggettiva di un reato<sup>191</sup>.

Elencate le ragioni per cui non è ammissibile un'omissione impropria in riferimento ad un fatto altrui, è evidente che le norme sul concorso di persone nel reato

---

<sup>189</sup> L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., pp. 397-398.

<sup>190</sup> L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 400; R. RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 198.

<sup>191</sup> Il riferimento è, evidentemente, a L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., pp. 153 ss. e ID., *La partecipazione mediante omissione e reato commissivo*, cit., pp. 1267 ss..

non possono svolgere alcuna funzione incriminatrice: far operare la clausola di cui all'art. 40, comma 2 in un contesto plurisoggettivo non può infatti in alcun modo significare un'estensione della responsabilità omissiva. Ciò sarebbe il risultato di un'illegittima interferenza tra due forme di manifestazione del reato<sup>192</sup> (da un lato, la cooperazione colposa o il concorso colposo nel reato doloso e dall'altro l'equivalenza tra agire e omettere un evento che si aveva l'obbligo giuridico di evitare) che fondendosi tra loro scardinerebbero i limiti dell'art. 40, comma 2, giungendo ad un'indiscriminata estensione della sfera di tipicità.

La cooperazione colposa e il concorso colposo in reato doloso potrebbero, quindi, svolgere esclusivamente una funzione di disciplina: poiché in virtù dell'art. 40, comma 2 è ammissibile *già in un contesto monosoggettivo* imputare l'omissione contraria al dovere giuridico di impedire un evento naturalistico, laddove questo evento sia il risultato di un fatto illecito altrui, l'imputazione dovrà essere formulata con l'ausilio dell'art. 113 c.p. In tal senso, però, l'istituto concorsuale non estende l'ambito della tipicità, poiché non individua nuovi soggetti garanti, né un più esteso oggetto dell'obbligo di impedimento (che resta il risultato naturalistico)<sup>193</sup>. Al contrario, potrebbe contribuire solo sul piano della commisurazione della pena e delle altre conseguenze processuali (si ricordino però i *caveat* espressi nei paragrafi precedenti: vi ritorneremo a conclusione del nostro discorso).

Un unico spiraglio di funzione incriminatrice residua per le forme di manifestazione plurisoggettiva colposa potrebbe essere limitato ai reati a forma

---

<sup>192</sup> Adottiamo qui la terminologia dell'analisi che stiamo riportando, particolarmente efficace. L'esito, tuttavia, non cambia se si considera la responsabilità omissiva impropria non una forma di manifestazione, bensì un autonomo titolo di reato.

<sup>193</sup> E non potrebbe svolgere questa funzione incriminatrice per il motivo essenziale che, nei reati a forma libera, l'agente viene individuato, essenzialmente, in virtù del nesso eziologico con l'evento che avrebbe dovuto impedire. Una volta che l'art. 40, comma 2 fornisce gli altri presupposti della responsabilità omissiva impropria, vale a dire l'obbligo giuridico di impedimento e i poteri per adempierlo, *tutti* i contributi causalmente rilevanti saranno tipici: per questo, alcuni autori (L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., pp. 414-449), sulla scorta del copioso dibattito della dottrina tedesca, ritengono che chi omette (A) possa essere esclusivamente *coautore* rispetto a chi materialmente commette il fatto (B).

vincolata. Abbiamo però già citato i gravi dubbi che sconsigliano, sul piano politico-criminale e di rispetto del principio di legalità, di estendere la tipicità dei reati colposi a forma vincolata, nonché le perplessità circa l'individuazione di queste fattispecie<sup>194</sup>.

Pertanto, il quadro delle diverse situazioni prospettabili si presenta come segue. a) Chi ha l'obbligo giuridico di impedire un evento naturalistico, se questo è causato dal fatto altrui e sempre che la sua omissione risulti causalmente rilevante e che egli disponesse degli adeguati poteri di impedimento, risponde ai sensi dell'art. 40, comma 2, mentre l'art. 113 svolge una funzione di disciplina; b) se manca l'obbligo giuridico o il reato è privo di evento naturalistico, il contributo sarà punibile solo con un autonomo titolo di reato omissivo proprio.

Si noti, peraltro, che volendo mantenere per la cooperazione colposa *anche soltanto* la funzione di disciplina, appare quantomai difficile razionalizzare il quadro delle possibili situazioni, che dovrebbe essere differenziato in base alla sussistenza o all'assenza di un elemento soggettivo di collegamento tra i cooperanti, della cui incertezza abbiamo già dato conto.

Secondo la teoria che stiamo esaminando, l'unica possibile "combinazione" tra l'art. 40, comma 2 e le forme di manifestazione plurisoggettiva del reato è la partecipazione in un reato commissivo mediante omissione. Si pensi all'ipotesi di chi istiga una giovane mamma a lasciar morire di fame il neonato. L'istigatore non è legato da un obbligo giuridico al neonato, a differenza della madre, ma collabora con quest'ultima (e può fornire anche un apporto materiale) all'omicidio che realizzerà. Dal punto di vista logico, prima agisce la clausola dell'art. 40, comma 2 stabilendo che sulla madre gravano determinati obblighi; solo successivamente interviene la forma di estensione della responsabilità per punire i concorrenti in quel reato omissivo improprio. In tal senso, i due istituti di parte generale si combinano tra loro, senza risultare interferenti sul piano dell'estensione della punibilità<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> Esamina, ed esclude, questa residua ipotesi L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., pp. 452-453.

<sup>195</sup> L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., pp. 469 ss., e i testi ivi citati per questa poco studiata forma di concorso.



L'esempio qui formulato concerne la responsabilità dolosa. È complesso stabilire se possa sussistere una altrettanto valida combinazione tra il 113 e l'omissione impropria (dolosa o colposa). Ci sembra però che assai frequentemente un'autonoma responsabilità omissiva impropria sarà riconducibile anche al soggetto che collabora con il garante più prossimo alla realizzazione del reato.

#### **4.2.      *Seconda e terza tesi: l'indipendenza dell'art. 40, comma 2 dalle forme di manifestazione plurisoggettiva colposa***

Un altro modo di intendere il rapporto tra la clausola di equivalenza causale per le omissioni improprie e le forme di manifestazione plurisoggettiva del reato si fonda su due considerazioni: da un lato, la possibilità che il termine "evento" della prima disposizione possa essere inteso *anche* alla stregua di "reato", senza distinzioni circa i reati di mera condotta o di evento naturalistico, a forma libera o a forma vincolata; dall'altro, la conseguente indipendenza di questa clausola dagli istituti concorsuali. Nella lettura di questo rapporto, daremo conto delle due tesi prospettabili.

Iniziamo però dal primo requisito.

##### **4.2.1.      L'equivalenza tra il concetto di "evento" di cui all'art. 40, comma 2 e quello di fatto illecito altrui**

La dottrina maggioritaria ammette che possa esistere un obbligo di impedire i reati altrui<sup>196</sup>.

Per ciò che riguarda la tipologia di reati, prevale una posizione estensiva, che in un contesto plurisoggettivo non adotta gli stessi limiti che l'art. 40 incontra laddove sia solo uno il soggetto coinvolto.

---

<sup>196</sup> A titolo esemplificativo, cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 141 ss.; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975, pp. 112 ss.

Per esporre questa posizione, analizziamo le repliche alle obiezioni prima elencate proprio in merito alla diversa estensione dell'obbligo di impedimento.

Per quanto attiene all'art. 138 c.p.m.p.<sup>197</sup>, l'inciso che lascia ferma "in ogni altro caso" la disposizione del 40 comma 2 c.p. – pur ambiguo<sup>198</sup> – ha, secondo la dottrina maggioritaria, il solo scopo di risolvere un potenziale conflitto tra norme<sup>199</sup>. Qualora, secondo l'obiezione prima esposta, si limitasse l'operatività dell'art. 40 in chiave plurisoggettiva ai soli reati di evento, perché la clausola di riserva mantenga un suo significato, lo stesso reato militare dovrebbe punire il mancato impedimento di reati a forma libera con evento naturalistico; così, tuttavia, non è, poiché alcune fattispecie richiamate sono prive di evento e altre sono a condotta vincolata<sup>200</sup>.

Il richiamo all'art. 57 c.p. è perfettamente valido, poiché la fattispecie costituisce una forma speciale di incriminazione dell'omesso impedimento di reati altrui che, però, non manca di coordinarsi con una norma generale grazie alla clausola "fuori dei casi di concorso". Tale locuzione, infatti, non può che riferirsi all'omesso impedimento di reati *dolosi* dei giornalisti; questo significa che le omissioni in relazione a tali fatti dovranno essere punite ai sensi dell'art. 40, comma 2, che svolge appunto la funzione di norma generale; diversamente, resterebbero impunte, con una irragionevole disparità di trattamento rispetto alle ipotesi colpose<sup>201</sup>.

A differenza di quanto obiettano i critici, è poi del tutto valido l'argomento della poliedricità di significato del termine evento all'interno dell'ordinamento. In particolare, nell'art. 116 ("l'evento è conseguenza della sua azione o omissione") esso

---

<sup>197</sup> Come si ricorderà, nel Capitolo 2, par. 3.1, l'abbiamo definito come uno speciale reato omissivo improprio, e per questa ragione può fornire un valido termine di confronto.

<sup>198</sup> M. NICOLOSI, voce *Omesso impedimento di reati militari*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994, p. 488.

<sup>199</sup> R. VENDITTI, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 92; G. ROSIN, *Obblighi di impedire reati, obblighi di impedire l'evento, obbligo di impedire fatti rivolti contro l'ordine pubblico militare*, in *Rass. Giust. mil.*, 1983, pp. 49 ss.

<sup>200</sup> L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1342-1344.

<sup>201</sup> L. BISORI, *L'omesso impedimento*, cit., pp. 1346-1348.

non può che indicare il complessivo fatto di reato realizzato dagli altri concorrenti, che ben potrebbe essere privo di un evento in senso naturalistico. Questa norma non solo non deve essere considerata un dato di minore rilevanza in quanto ipotesi di responsabilità oggettiva (che è stata riportata alla coerenza con i principi dell'ordinamento sulla base di fondamentali pronunce della Consulta, non solo in virtù delle elaborazioni teoriche di qualche studioso), ma offre anche un interessante spunto circa la strutturazione del legame causale. La norma pone infatti in relazione la condotta del concorrente con l'intero fatto di reato: è quindi possibile – ed esplicitamente prevista – la relazione tra un'omissione e un fatto di reato dove intervengono più soggetti; tale relazione viene poi qualificata dal legislatore come un legame tra la condotta e "l'evento". Perché, dunque, nell'art. 40, comma 2 c.p. il significato del termine "evento" dovrebbe essere diverso, quando la clausola si applica in un contesto plurisoggettivo? Non è vero che la dualità di significato dello "evento" (in senso naturalistico per il contesto monosoggettivo, alla stregua di intero fatto di reato nel contesto plurisoggettivo) viola le esigenze interpretative della norma; al contrario, salvaguarda le diverse esigenze interpretative in questi diversi contesti: *"quando 'sia in gioco' soltanto l'inerzia di un soggetto ed un accadimento naturalistico a lui esterno, non vi è modo di apprezzare l'omissione de quo come equivalente agli specifici profili di disvalore sottesi ad una condotta espressamente 'tipizzata' dal legislatore. D'altra parte, è anche vero che quando però siano in gioco [...] le condotte di una pluralità di agenti (dunque non solo quella omissiva dell'inerte), il 'complesso degli accadimenti esterni a quest'ultimo' può invece integrare tutti i connotati di disvalore della fattispecie, pur a condotta vincolata"*<sup>202</sup>.

Né questa conclusione potrebbe essere sconfessata dal rilievo che nell'art. 40, che tratta di causalità, il legislatore avrebbe potuto usare il termine "evento" solamente in senso restrittivo. Se, infatti, la clausola in un contesto monosoggettivo non può che riferirsi ad un evento in senso naturalistico perché diversamente mancherebbe un *quid*, spazialmente e temporalmente distinto dalla condotta, in relazione al quale accertare l'efficacia condizionante di questa, la stessa considerazione non vale in un contesto

---

<sup>202</sup> L. BISORI, *L'omesso impedimento*, cit., pp. 1348-1350. Alle stesse conclusioni giunge I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 362 ss.

plurisoggettivo, poiché il fatto illecito altrui è di per sé quel *quid* strutturalmente autonomo: la condotta di B e le conseguenze della stessa sono quell'offesa che A avrebbe dovuto impedire e non ha ostacolato. Se proprio si vuole mettere in relazione l'omissione di A (non al complessivo fatto illecito di B, ma) ad un solo elemento del reato commesso da B, esso dev'essere individuato nella *condotta* di B, impedendo la quale si impedisce il risultato lesivo complessivo<sup>203</sup>.

Gli argomenti logici e sistematici che abbiamo appena speso consentono allora di affermare che estendere l'operatività della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2 c.p. anche al fatto illecito altrui *non significa* operare una pericolosa sovversione del dato positivo, ma un'operazione di interpretazione – per quanto, si deve ammettere, non semplicissima – che non pretende di fondare su singole disposizioni di parte speciale l'operatività di una clausola generale, ma semplicemente va in cerca di questi dati testuali allo scopo precipuo di comprenderne il significato.

Vi è poi un ulteriore argomento che, benché privo di valore decisivo, può fornire un indizio. Nell'ordinamento italiano, l'art. 40, comma 2 non è formulato con la c.d. "clausola di corrispondenza" che invece è presente nel § 13 StGB, che, come visto nel II capitolo, recita: "Chi omette di impedire un evento che appartiene alla fattispecie descritta fa una norma penale (*einen Erfolg... der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört*)", è punibile secondo questa norma solo se è giuridicamente obbligato ad impedire il verificarsi dell'evento e se l'omissione corrisponde alla realizzazione della fattispecie legale mediante una condotta attiva". Tale fattispecie potrebbe essere letta nel senso che l'evento fa parte di una tipicità più ampia e, pertanto, non si potrebbe riferire già di per sé all'"intero fatto di reato"<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 245-250.

<sup>204</sup> A. MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., p. 246; L. BISORI, *L'omessi impedimento*, cit., p. 1348; S. VINCIGUERRA, *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a un reato proprio (in tema di concorso del custode alla sottrazione di cose pignorate commessa dal proprietario)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pp. 310-311.

Accertato dunque che è configurabile un obbligo di impedimento di un fatto illecito altrui ai sensi dell'art. 40, comma 2, ciò che dobbiamo ora indagare è se questa clausola generale sia sufficiente a fondarlo, ovvero richieda, per l'applicazione in un contesto plurisoggettivo, di combinarsi con altre forme di manifestazione del reato, nella specie quella della cooperazione colposa e del concorso colposo in reato doloso.

#### 4.2.2. Seconda tesi: l'art. 40, comma 2 integra di per sé una forma concorsuale di responsabilità

Una prima teoria sostiene che l'art. 40, comma 2 integri *ontologicamente* una forma concorsuale di responsabilità.

Per giungere a tale conclusione, deve essere innanzitutto scartata l'ipotesi di una sommatoria di questa clausola generale e delle forme di manifestazione concorsuale: l'effetto paradossale sarebbe un'estensione ancora più lata della tipicità, perché l'omesso impedimento di A dovrebbe essere causale esclusivamente non più rispetto all'intero fatto di reato, bensì anche ad una sola porzione della fattispecie, che è resa tipica in virtù delle norme sul concorso di persone. Si tratterebbe quindi di due norme analoghe che finirebbero per sovrapporsi in modo del tutto incongruo e – come vedremo – inutile<sup>205</sup>.

Si noti che, pur muovendo da premesse diverse circa il significato del termine evento, la prima e la seconda tesi – e, come vedremo, anche la terza – giungono ad una conclusione assimilabile per ciò che attiene all'interferenza tra l'art. 40, comma 2 e le forme di manifestazione plurisoggettiva. Ciò che le allontana radicalmente sono però le ulteriori conseguenze. Infatti, la tesi che non ammette altro evento da impedire se non quello naturalistico, trae dall'impossibilità dell'interferenza la conclusione di un limitato campo di azione dell'art. 40, comma 2. Al contrario, la tesi che stiamo esaminando afferma che l'art. 40, comma 2 è di per sé una norma concorsuale.

---

<sup>205</sup> Ulteriori specificazioni, con riferimento ai rapporti con l'art. 110, in L. BISORI, *L'omesso impedimento*, cit., pp. 1376-1378.

Non sussisterebbe alcun ostacolo concreto a pensare all'art. 40 comma 2 come ad una fattispecie intrinsecamente concorsuale. Se è accertato l'obbligo di impedimento del reato altrui, devono necessariamente essere coinvolti più soggetti rispetto a quelli che servirebbero per integrare la fattispecie base; *“la violazione dell'obbligo di garanzia [...] consente di imputare all'inerte l'intero fatto di reato commesso dal terzo, e dunque può ben dirsi che le diverse condotte convergono nel medesimo reato”*<sup>206</sup>; infine, sussisterebbe una forma particolare di accessorietà, dal momento che l'omissione, per risultare tipica, deve *“necessariamente accedere all'azione delittuosa altrui, ha sempre bisogno del reato altrui per mutuarne tipicità e disvalore”*<sup>207</sup>: le due condotte sarebbero pertanto autonome esclusivamente sul piano formale, e non anche su quello sostanziale, analogamente a quanto avviene nei casi di cui agli artt. 46, 48, 86 c.p., dove la natura accessoria della responsabilità impone il collegamento con la fattispecie monosoggettiva completamente estranea alla condotta del partecipe A.

Alla luce di queste considerazioni, all'art. 40, comma 2 c.p. possono applicarsi le norme di disciplina dettate nella parte generale del codice penale per il concorso di reati, escludendo debitamente quelle incompatibili<sup>208</sup>.

La tesi che abbiamo ora esposto, tuttavia, ci sembra, da un lato, troppo ardita e, dall'altro, sovrabbondante rispetto all'esigenza di individuare il rapporto tra l'art. 40, comma 2 e le forme di manifestazioni plurisoggettiva. Non vediamo, infatti, alcun bisogno di considerare l'art. 40 come una forma concorsuale implicita per affermarne l'autonomia rispetto alle forme di manifestazione plurisoggettiva. Si rischia, infatti, di assegnarle due funzioni diverse: da un lato quella di fondare la responsabilità omissiva impropria, dall'altro quella di giustificare la responsabilità plurisoggettiva; tale sovrapposizione sembra eccessivamente complessa, ed è costretta a mutuare la disciplina

---

<sup>206</sup> L. BISORI, *L'omesso impedimento*, cit., p. 1378.

<sup>207</sup> *Ibidem*.

<sup>208</sup> Per il dettaglio di questa analisi, sia ancora consentito il ricorso a L. BISORI, *L'omesso impedimento*, cit., pp. 1382 ss.

del concorso di persone per rendere concretamente operativa la “nuova” norma dell’art. 40.

Inoltre, non sembra che questa operazione sia necessaria, come conferma l’ultima teoria che presentiamo.

#### 4.2.3. Terza tesi: l’art. 40, comma 2 come fonte di responsabilità non concorsuale

La presente tesi argomenta nel senso che, accertata la possibilità di equiparare il fatto illecito altrui all’evento oggetto dell’obbligo di impedimento, tale norma sia di per sé sufficiente a fondare i caratteri oggettivi e soggettivi di tipicità di queste omissioni improprie. Circa gli elementi oggettivi, non paiono sussistere dubbi, dal momento che lo strumento chiave nelle mani del legislatore è la formulazione degli obblighi. Se questi sono espressi in modo sufficientemente chiaro e incaricano il garante di impedire l’evento, e se l’evento che si verifica è di un tipo conforme a quello che la norma voleva impedire, sembrano raccolti i presupposti necessari per fondare la tipicità<sup>209</sup>.

Per ciò che attiene agli elementi soggettivi, nessun problema pare affacciarsi quanto all’impedimento colposo di un reato colposo, perché A che omette di impedire il reato di B e B che lo commette rispondono a partire dal medesimo titolo di reato colposo. Anche per il caso dell’omesso impedimento colposo di reato colposo, tuttavia, sembra possibile una ricostruzione in termini unitari. Se, infatti, lo stesso fatto oggettivo viene punito dall’ordinamento sia a titolo di dolo, sia a titolo di colpa, è a quell’elemento comune che si deve fare riferimento: di quell’elemento risponderà B a titolo di dolo, e quel titolo, punito per colpa, si combinerà con la clausola di cui all’art. 40 per affermare la responsabilità omissiva di A<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> A. MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., pp. 257-258, che adatta un criterio solitamente impiegato per la definizione della causalità della colpa.

<sup>210</sup> A. MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., pp. 258-259.

Dunque, non è necessario far riferimento alla combinazione tra l'art. 40 e l'art. 113, e, allo stesso tempo, non è necessario qualificare la responsabilità di cui all'art. 40, comma 2 ai sensi di un'intrinseca (e implicita) norma concorsuale: essa opera esclusivamente come una fonte di due responsabilità che sorgono dal medesimo titolo oggettivo.

Queste responsabilità, tuttavia, *non sono di natura concorsuale*. Potrebbe sembrare paradossale, ma la responsabilità di A per non aver adempiuto all'obbligo di impedire il fatto di B non necessita di alcun elemento concorsuale: essa si regge esclusivamente sull'assimilazione del fatto illecito altrui all'evento di cui all'art. 40, comma 2, ma è una responsabilità *monosoggettiva, benché sorga in un contesto plurioggettivo*. In altre parole, è una responsabilità *monosoggettiva e relazionale*. La considerazione dell'operato di B, la probabilità che egli agisca in un modo oppure nell'altro influenzano sì la responsabilità di A, ma non in considerazione di una tipicità concorsuale e quindi derivata, bensì grazie alle note relazionali che già abbiamo esplorato nel corso della nostra analisi.

Si osservi che questa conclusione è perfettamente coerente con lo scetticismo che abbiamo manifestato in ordine alla giustificazione della funzione incriminatrice della cooperazione colposa e all'utilità della sua funzione di disciplina, nonché alle perplessità ancora più radicali circa la figura del concorso colposo in reato doloso.

In altre parole, affermare che l'art. 40, comma 2 sia di per sé fonte di responsabilità monosoggettive conviene anche poiché consente di eliminare ogni riferimento a queste problematiche forme concorsuali<sup>211</sup>.

---

<sup>211</sup> Nello stesso senso, A. MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., pp. 421-422: "La presenza di in obbligo di impedimento costruito attorno a poteri impeditivi e già rilevante ex art. 40, secondo comma c.p., specificato poi da regole cautelari che, nella maggior parte dei casi assumono una più distinta fisionomia attraverso il riferimento alla 'colpa per l'organizzazione', suggeriscono ancora una volta l'opportunità di impostare la questione secondo le cadenze tipiche del reato omissivo improprio colposo, rifuggendo dalla tentazione di ricorrere allo schema del concorso di persone quale grimaldello per 'rimediare' all'assenza di apposite fattispecie di omesso controllo o per colmare vuoti di tipicità che neppure le maglie, a volte particolarmente ampie, della partecipazione criminosa sono in grado di lasciar filtrare".



## Conclusioni

Lo scopo della nostra indagine era studiare la possibilità di muovere un rimprovero penalistico – in un contesto plurisoggettivo *de facto*, dove diversi soggetti sono apparentemente coinvolti nella lesione ad un bene giuridico – ad un soggetto, laddove la sua responsabilità dipenda dal comportamento di un altro soggetto. Ci siamo proposti di esplorare gli istituti giuridici che esprimono il legame fattuale tra i comportamenti umani dei soggetti coinvolti e, su questa base, forniscono il parametro per definire e commisurare la responsabilità di un soggetto che dipende (anche) dal comportamento di un altro. La nostra analisi si è posta l'obiettivo di verificare la solidità dogmatica e la sicurezza applicativa di tali istituti.

Nel primo capitolo, dopo aver introdotto l'oggetto della nostra ricerca, abbiamo dato conto di numerosi esempi di contesti fattuali plurisoggettivi, in cui la lesione di un interesse protetto è immediatamente riconducibile ad un soggetto che adotta una condotta autolesiva (V), o eterolesiva (B), ma è coinvolto anche un secondo soggetto A, sulla cui responsabilità è stato posto il *focus* della nostra analisi. La ricca casistica prova che queste dinamiche relazionali si verificano molto più frequentemente di quanto si potrebbe pensare. Il compito che ci siamo assegnati, a fronte di una realtà fattuale così ricca e sfaccettata, è allora stato quello di verificare se l'ordinamento ammetta questa forma di responsabilità, concedendole cittadinanza tra quelle conformi al principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, Cost.

Per condurre la nostra analisi, abbiamo introdotto il concetto di “note relazionali”, identificandole come quei caratteri eventuali ma non estranei alla struttura della responsabilità penale per colpa che collocano la condotta di B tra i fattori che contribuiscono a fondare, parametrare ovvero escludere la responsabilità di A. Le note che afferiscono al fatto tipico, in caso di condotta *attiva* di A, riguardano la tematica dell'interferenza causale e quel particolare tipo di legame eziologico che prende il nome di “causalità psichica”. In caso di condotta *omissiva* di A, non soltanto si avranno delle

significative modificazioni in punto di struttura del nesso causale, ma ulteriori elementi di relazionalità emergeranno nell'individuazione dei soggetti garanti, nel contenuto dell'obbligo, nell'equivalenza tra il mancato impedimento di un evento e la sua causazione con un comportamento attivo. Nell'ambito della colpevolezza abbiamo poi menzionato la fondazione di una regola di diligenza "relazionale", le problematiche inerenti al principio di affidamento, nonché le difficoltà di verificazioni dei nessi tra la colpa (di A) e l'evento, quando quest'ultimo risulti mediato dalla condotta di un altro soggetto (B). Infine, le note relazionali proprie della forma di manifestazione plurisoggettiva del reato sono state rintracciate nella cooperazione colposa e nel concorso colposo in reato doloso.

Prima di procedere all'esame delle singole note, abbiamo verificato una tendenziale sovrapponibilità del paradigma in cui la condotta di A si combina con il comportamento eterolesivo di B, e dello schema in cui si combina con l'azione (o l'omissione) autolesiva di un soggetto V. Con l'ovvia eccezione delle note relazionali concernenti la responsabilità concorsuale, infatti, le altre sono presenti anche quando vi è interazione con un soggetto che tiene un comportamento autolesivo, e devono essere studiate per verificare l'ambito della responsabilità di A, benché a V non possa essere mosso alcun rimprovero penale (poiché, appunto, ha arrecato un danno solo a se stesso).

Abbiamo così precisato lo scopo della nostra indagine: individuare le condizioni a cui l'ordinamento penale subordina la possibilità – in un contesto plurisoggettivo dove sussiste una relazione causale tra le condotte di tutti i soggetti coinvolti e la lesione al bene giuridico prodotta – di riconoscere la responsabilità per la condotta (attiva od omissiva) colposa di una persona fisica A, in dipendenza dalla condotta (dolosa, colposa o incolpevole; attiva od omissiva) di un'altra persona fisica B (o V), che è la più vicina alla lesione stessa dal punto di visto logico e/o spaziale e/o temporale.

Nel secondo capitolo della nostra indagine abbiamo illustrato le note relazionali del fatto tipico.

Preliminarmente, abbiamo individuato il criterio più efficace per poter distinguere la condotta attiva da quella omissiva di A, e ciò al fine di non confondere due diversi modelli di responsabilità che, complice il "momento omissivo della colpa", non sono

sempre *ictu oculi* riconoscibili. Dopo aver dato conto delle soluzioni proposte dalla dottrina, e dell'intersezione di questa tematica con l'annoso dibattito sul concetto di "condotta", abbiamo concluso per l'adozione del criterio dell'aumento del rischio: indipendentemente dall'apparenza della realtà fattuale, e dal contenuto della norma violata (di precetto o di divieto), una condotta potrà essere definita attiva se introduce un nuovo fattore di rischio per il bene giuridico, mentre è omissiva se non ostacola lo sviluppo di un fattore di rischio già presente e proveniente *aliunde*.

Nell'ambito delle note relazionali che caratterizzano l'azione di A, abbiamo innanzitutto esaminato il problema dell'interferenza causale e della possibile esclusione del nesso eziologico tra la condotta di A e l'evento, ad opera dell'inserimento della condotta di B. Dopo aver preso in esame le varie tesi dottrinali, abbiamo concluso che il paradigma della causalità condizionalistica mantiene la sua validità per la verifica della responsabilità di A, anche qualora la stessa interferisca non con una qualsiasi altra concausa, bensì con la condotta umana di B o di V, a meno che queste ultime non introducano una serie causale indipendente.

Per quanto riguarda il tema della "causalità psichica", abbiamo verificato che l'elemento relazionale da accertare in questo caso è l'influenza della condotta di A (anche di una semplice dichiarazione) sulla libertà di autodeterminazione di B (o di V), che, proprio sulla scorta di questo effetto, deciderà di agire, o di non agire in un determinato modo. Le difficoltà di accertamento di questo particolare nesso causale sono essenzialmente riconducibili alla difficoltà di indagare il "foro interno", ma non costituiscono un ostacolo insuperabile, tale da suggerire l'abbandono degli usuali schemi di accertamento causale; inoltre, casi come questi si pongono sempre al di fuori dell'ambito di operatività delle leggi scientifiche e, pertanto, l'interprete deve accettare le (tollerabili) incertezze implicate nell'utilizzo delle massime di esperienza per valutare la portata dell'influenza della condotta di A sul comportamento di B.

Lo studio delle note relazionali del fatto tipico proprie della condotta omissiva di B ci ha condotto prevalentemente all'ambito dei reati omissivi impropri. Abbiamo così ricostruito, innanzitutto, i due pilastri – distinti, ma spesso confusi nell'accertamento giurisprudenziale – dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e dell'efficacia eziologica dell'impedimento nella determinazione delle conseguenze delle condotte. Ci siamo poi

soffermati sull'esame delle fonti dell'obbligo giuridico di impedimento, esaminando le varie teorie che si sono avvicinate, e hanno suggerito alternativamente una forte limitazione delle fonti dello stesso (teoria formale), una ricostruzione dell'obbligo a partire dalla necessità di protezione di un bene giuridico o di un soggetto (teoria sostanziale), o una teoria intermedia. Abbiamo svolto un confronto con le posizioni della prevalente dottrina tedesca rispetto a questo medesimo problema. L'approccio d'oltralpe è nel senso di un rigetto della teoria formale, e piuttosto dell'individuazione degli obblighi di agire in considerazione dei diversi rapporti di fatto che si stabiliscono tra l'agente e il titolare del bene giuridico destinatario della protezione, ovvero tra il primo e il bene stesso, ovvero tra il primo e la fonte di pericolo. Tale concezione, tuttavia, ci è sembrata inapplicabile in un ordinamento a legalità formale come il nostro: non riesce, infatti, ad eludere il confronto con i principi di legalità e di certezza del diritto, e deve ricorrere a vari ma poco convincenti artifici per delimitare l'estensione della responsabilità del garante. Pertanto, abbiamo proposto una soluzione che, ricostruiti i caratteri dell'obbligo di impedimento a partire dai vincoli costituzionali, non eluda la selezione delle fonti formali, bensì proponga una mitigazione degli effetti troppo rigidi della teoria formale "classica", per esempio con riguardo alla fonte contrattuale. In armonia con questa posizione, abbiamo poi sottolineato la necessità di distinguere, a partire dalla ricostruzione dei caratteri del precetto, i veri e propri obblighi di garanzia, che danno origine ad una responsabilità omissiva impropria, e gli obblighi di sorveglianza e di attivarsi, che danno origine a forme di responsabilità diversa, in cui non viene imputato la realizzazione dell'evento quale conseguenza dell'omissione.

Infine, per quanto concerne le particolarità della causalità dell'omissione, abbiamo svolto alcune considerazioni sulle diverse letture che hanno proposto varie ricostruzioni di questo complesso problema, sottolineando l'alterità, ma – secondo la concezione a cui aderiamo – la non totale estraneità tra nesso eziologico per l'azione e per l'omissione, oppure (in una prospettiva più radicale), rimarcando l'inevitabile interferenza per le condotte omissive tra l'accertamento causale e quello dell'evitabilità dell'evento, proprio della colpevolezza.

Il terzo capitolo è stato dedicato all'esame delle note relazionali della colpa. In primo luogo, abbiamo indagato l'origine dell'espressione "colpa relazionale", richiamandone la matrice civilistica e sottolineando che la dottrina penalistica ha illustrato il carattere relazionale come elemento eventuale, ma non estraneo alla struttura della responsabilità colposa *tout court*.

Tale carattere si manifesta in primo luogo nella formulazione di alcune regole cautelari che impongono all'agente di tener conto della condotta altrui, e di adeguare il proprio comportamento in funzione di questa; si tratta di regole cautelari che potremmo definire *relazionali*, e che sono destinate ad operare in contesti plurisoggettivi. Il rimprovero che viene quindi mosso a chi le disattende è di non aver tenuto in (adeguata) considerazione il comportamento altrui, di non essere intervenuto, o di essere intervenuto in modo deviato rispetto alle pretese dell'ordinamento. Tali regole possono anche essere formulate in relazione al comportamento autolesivo di V, e indicano ad A i comportamenti doverosi per la prevenzione o per la reazione a tale comportamento.

Ci siamo poi soffermati sul principio di affidamento. Quest'ultima figura è una vera e propria "nota relazionale negativa", poiché limita l'estensione della responsabilità di A, sancendo la legittimità della pretesa di quest'ultimo a che tutti gli altri consociati (e, dunque, anche B, o V) si comportino secondo diligenza. Tale fattore di controllo della responsabilità di A non può avere, tuttavia, un'applicazione indiscriminata, e allora il problema essenziale risiede proprio nell'individuazione di un equilibrio tra elementi che fondano ed elementi che limitano la responsabilità di A in relazione al comportamento di B (o V). Come abbiamo osservato, è probabilmente illusorio, alla luce della crescente complessità della società contemporanea, pretendere che il legislatore individui un univoco punto di equilibrio tra l'esigenza di controllo della condotta altrui e l'affidamento che questi si comporti in modo diligente. Piuttosto, equilibri diversificati potranno essere individuabili a seconda della tipologia di attività umana, della sua pericolosità, della sua rilevanza sociale.

La nostra analisi ha poi attraversato l'accidentato terreno della c.d. "causalità della colpa": la verifica della sussistenza di un legame tra la lesione al bene giuridico realizzatasi e quella che la norma cautelare mirava ad evitare, e dell'evitabilità della realizzazione dell'evento da parte dell'agente si fanno particolarmente difficili in una dimensione

relazionale, dove la condotta di un altro soggetto si interpone tra l'agente A e l'evento. In particolare, per quanto concerne la possibilità di evitare l'evento da parte di A (c.d. secondo nesso), la presenza della condotta di B (o V) aggiunge un ulteriore fattore ipotetico ad un giudizio già incerto: non è infatti chiaro quale sia il migliore parametro da utilizzare per immaginare né come B (o V) avrebbe reagito allo stimolo della condotta di A, né come quest'ultimo si sarebbe comportato. Il risultato complessivo della vicenda, se anche A si fosse comportato conformemente alle regole cautelari, resta quindi incerto, e tale indeterminatezza si riflette immediatamente sul dibattito circa il coefficiente di certezza da utilizzare nel giudizio di "causalità della colpa".

Il quarto e ultimo capitolo è stato dedicato all'esame di due istituti particolarmente travagliati: la cooperazione colposa e il concorso colposo in reato doloso, che rappresentano le forme di concorso colposo nel nostro ordinamento ed esprimono le note relazionali di carattere plurisoggettivo.

Ricostruita la struttura dell'istituto della cooperazione colposa, non abbiamo potuto fare a meno di constatare le molteplici incertezze che gravano sul suo elemento nodale, vale a dire il "nesso soggettivo" tra le condotte dei cooperanti. Riscontrata poi la limitatissima funzione incriminatrice che la cooperazione sembra svolgere (solo con riferimento agli sporadici reati colposi a forma vincolata) abbiamo optato per la radicale tesi della rinuncia a ricorrere a questo istituto, preferendo distinte imputazioni monosoggettive per i singoli soggetti coinvolti. Siamo giunti a questa conclusione non solo dopo aver constatato le ricordate incertezze dogmatiche dell'istituto, ma soprattutto confortati dallo studio delle note relazionali della condotta e della colpevolezza, presenti tanto nella forma monosoggettiva, quanto in quella plurisoggettiva. La loro presenza, infatti, ci spinge ad affermare con sicurezza che un'imputazione monosoggettiva non potrà mai elidere la rilevanza di una condotta quale parametro della responsabilità dell'altra, poiché il rapporto tra le due è assicurato appunto da quegli strumenti (che esprimono le note prima esaminate, riferite alla responsabilità monosoggettiva) che si manifestano a fronte dell'interazione tra più soggetti (senza, dunque, che tale interazione debba essere qualificata in modo precario alla stregua di una cooperazione colposa).

Conclusioni del tutto analoghe sono poi state raggiunte in relazione al concorso colposo nel reato doloso, dal momento che ai dubbi già espressi per la cooperazione si sommano quelli inerenti all'ammissibilità dell'istituto, che non è espressamente disciplinato e non pare compatibile con una serie di indici normativi.

Anche in relazione al rapporto tra reati omissivi impropri e forme di manifestazione plurisoggettiva colposa, abbiamo verificato l'assoluta autonomia e indipendenza dell'imputazione *ex art. 40, comma 2 c.p.* rispetto alle figure concorsuali, che non aggiungono alcunché alla perimetrazione di responsabilità svolta da quella clausola di equivalenza. Abbiamo pertanto concluso affermando che l'art. 40, comma 2 esprime una responsabilità monosoggettiva, sia pure in un contesto plurisoggettivo, e che la stessa è più che sufficiente a parametrare la responsabilità di A in dipendenza (anche) del comportamento di B (o V).

All'esito di questa indagine, la conclusione non può dunque essere che una sola: alla luce del principio di personalità della responsabilità penale, mentre non può esistere la responsabilità colposa per fatto altrui, esiste invece una responsabilità colposa *in relazione ad un fatto altrui*. I caratteri di quest'ultima sono, appunto, quelle note relazionali che abbiamo prima elencato e poi, una ad una, esaminato. Non si tratta di elementi "eversivi" della responsabilità classica, poiché, in definitiva, le note relazionali altro non sono che istituti giuridici ben conosciuti nell'ordinamento penale, e studiati da molti anni.

Semplicemente, queste note relazionali svolgono la funzione di collegare la responsabilità di A al comportamento e alla responsabilità di B, e instaurano un rapporto di dipendenza della prima dalla seconda. Tuttavia, in questa operazione, non tolgono nulla alla personalità della responsabilità colposa di A, poiché *non sono* elementi *estranei* alla struttura stessa della responsabilità colposa, anche se hanno carattere *eventuale*. In un contesto monosoggettivo, dove A opera da solo, essi non sono presenti; si esprimono, invece, laddove la rete dei rapporti sociali o le prescrizioni di legge imprimono nella realtà dei fatti una dinamica *relazionale*. Anche la qualificazione giuridica, allora, si presta a recepire questo aspetto relazionale, e si manifesta nelle molteplici forme che abbiamo illustrato.

Le note relazionali studiate non pongono tutte gli stessi quesiti e le stesse problematiche a chi voglia studiarle. Alcune di esse presentano all'apparenza grandi asperità concettuali, ma – ci sembra – possono essere ricondotte ad alcune linee teoriche sicure: è il caso della concausalità per le condotte commissive e della c.d. causalità motivazionale, dove la teorica condizionalistica, con le dovute precisazioni, continua ad essere applicabile in modo rigoroso. Altre note sono legate ad istituti sui quali si è profilato un dibattito notevole, a fronte del quale abbiamo cercato di suggerire le soluzioni che ci sono parse le più razionali (si pensi al reato omissivo improprio, in particolare al problema delle sue fonti, o a quanto abbiamo affermato sul carattere “relazionale” delle norme cautelari). Ancora, abbiamo incontrato casi dove le incertezze dogmatiche sono notevoli e le problematiche sembrano lontane da una soluzione soddisfacente (si pensi, in particolare, alla c.d. causalità della colpa”). Infine, alcune note relazionali sono espresse da istituti che presentano notevoli incertezze, ai quali, tuttavia, non è indispensabile ricorrere (la cooperazione colposa, il concorso colposo nel reato doloso).

Quest'ultima categoria è espressione, da un lato, di un ordinamento penalistico dove vi sono altri istituti che facilmente possono supplire all'utilizzo di queste tormentate forme di manifestazione; dall'altro, confermano un'altra delle convinzioni che ha guidato la nostra analisi, cioè la necessità di condurre uno studio unitario e trasversale rispetto ai singoli elementi del reato di tutte le note relazionali e degli istituti ad esse connessi. Poiché, infatti, tutte fondano (o escludono) il collegamento tra le responsabilità dei soggetti coinvolti, è più che mai opportuno mantenere una visione d'insieme circa i diversi profili di interferenza tra le responsabilità, per comprendere come queste “note” rispondano alla stessa logica e per fare ricorso all'una o all'altra al fine di parametrare nel modo più efficace possibile la responsabilità colposa personale in relazione al fatto altrui.



# Bibliografia

- AA.VV., *Accident d'un Airbus A320-211 immatriculé D-AIPX exploité par Germanwings, vol GWI18G, survenu le 24/03/15 à Prads-Haute-Bléone, Final Report*, reperibile online: [https://www.bea.aero/uploads/tx\\_elydbrapports/BEA2015-0125.en-LR.pdf](https://www.bea.aero/uploads/tx_elydbrapports/BEA2015-0125.en-LR.pdf).
- AA.VV., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929.
- ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, Giuffrè, 1984.
- ALDROVANDI P., *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1999.
- ALESSANDRI A., in *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, a cura di Pedrazzi C.-Alessandri A.-Foffani L.-Seminara S.-Spagnolo G., Milano, Monduzzi, 2003.
- ALESSANDRI A., *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002.
- ALESSANDRI A., *I soggetti*, in *Il nuovo diritto penale delle società: D. lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di Alessandri A., Milanofiori Assago, Ipsoa, 2002.
- ALESSANDRI A., voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VI, Torino, Utet, 1992.
- ALICE G., *Il concorso colposo in fatti contravvenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1035.
- ALTAVILLA E., *La Colpa*, Torino, Utet, 1957.
- AMARA G., *Fra condotta attiva e condotte omissive: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in *Cass. pen.*, 2007.
- AMBOS K., *Treatise on International Criminal Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- AMBOS K., *Superior Responsibility*, in *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, a cura di Cassese S. et al., Oxford, Oxford University Press, 2002.

- ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006.
- ANGIONI F., *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in AA. VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, a cura di CONTI L., XVI ed., Milano, Giuffrè, 2003.
- ANTOLISEI F., *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936.
- ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1934.
- ANTOLISEI F., *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, Istituto editoriale scientifico, 1928.
- ARGIRÒ F., *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, Jovene, 2012.
- ARNOLD R., *Command Responsibility: A Case Study of Alleged Violations of the Laws of War at Khiam Detention Centre*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2002.
- ARZT G., *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1980.
- ATTILI V., *L'agente modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.
- BARBIERI E., *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Cass. pen.*, 2010.
- BARBIERI M. C., *La sentenza sul terremoto dell'Aquila: una guida alla lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 7 marzo 2013.
- BARTOLI R., *Il problema della causalità penale*, Torino, Giappichelli, 2010.
- BÄRWINKEL R., *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin-München, 1968.
- BASILE F., *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Scritti in onore di Mario Pisani*, a cura di Bellantoni G.-Vigoni D., vol. III, Milano, La Tribuna, 2011.
- BASILE F., *La colpa in attività illecita*, Milano, Giuffrè, 2005.
- BAUMANN J.-WEBER U.-MITSCH W., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, XI ed., Bielefeld, Gieseking, 2003.
- BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.

- BENEDETTI A. P., *La caduta di un alunno durante gita scolastica: chi risponde?*, in *Danno e resp.*, 2012.
- BENEDETTI A. P., *Condotta del danneggiato e responsabilità delle cose in custodia: spunti di riflessione*, in *Danno e resp.*, 2011.
- BENEDETTI A. P., *Responsabilità della banca per pagamento a soggetto non legittimato*, in *Danno e resp.*, 2007.
- BERNSMANN K., *Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Recht*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1982.
- BETTIOL G., *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, Cedam, 1966.
- BETTIOL G., *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940.
- BETTIOL G.-PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, XII ed., Padova, Cedam, 1986.
- BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1914.
- BISACCI M.C., *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *Ind. pen.*, 2009.
- BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.
- BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010.
- BLEI H., *Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen*, in *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, a cura di Naucke W., Berlin, 1966.
- BOCKELMANN P., *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, in *Deutsche Beiträge zum VII. Internationale Strafrechtskongress in Athen von 26. September bis 2. Oktober 1957*, Berlin, 1957.
- BOSCARELLI M., *Contributo alla teoria del "Concorso di persone nel reato"*, Padova, A. Milani, 1958.
- BRAMMSEN J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1987.
- BRAMMSEN J., *Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2002.
- BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale, e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale e sistema penale*, Milano, Giuffrè, 1983.
- BRINGEWAT P., *Sozialrechtliche Mitwirkungs„pflichten“ und Sozial(leistungs)betrug*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2011.

- BRUNELLI D.-MAZZI G., *Diritto penale militare*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2007.
- BRUNETT, W.D., *Criminal Liability for the Actions of Subordinates – The Doctrine of Command Responsibility and its Analogues in United States law*, in *Harvard International Law Journal*, 1997.
- BRUSCO C., *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, Giuffrè, 2012.
- BUSCH R., *Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, a cura di Conrad H.-von Weber H.-Welzel H., Bonn, Röhrscheid, 1963.
- BUSSANI M., *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, Cedam, 1991.
- CADOPPI A., *Il reato omissivo*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2001.
- CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Padova, Cedam, 1988.
- CAFAGGI F., *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, Cedam, 1996.
- CAFAGGI F.-IAMICELI P., *Responsabilità del fornitore alimentare tra colpa professionale e concorso del produttore finale – il commento*, in *Contratti*, 2015.
- CARACCIOLI I., voce *Condotta*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, Treccani, 1988.
- CARACCIOLI I., *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, Giuffrè, 1975.
- CARACCIOLI I., *Profili del concorso di persone nelle contravvenzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971.
- CARACCIOLI I., voce *Omissione (dir. pen.)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XI, Torino, 1965.
- CARBONE V., *Nesso di causalità e criteri di valutazione*, in *Diritto civile*, a cura di Lipari N.-Rescigno P., vol. III, t. I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009.
- CARNELUTTI F., *Illiceità penale dell'omissione*, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1933.
- CARRARA F., *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, I, 1870.
- CASTALDO A., *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987.
- CASTRONUOVO D., *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016.

- CASTRONUOVO D., *L'evoluzione della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011.
- CASTRONUOVO D., *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazioni psichica*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di De Francesco G.-Piemontese C.-Venafro E., Torino, Giappichelli, 2010.
- CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009.
- CATTANEO G., *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967.
- CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2009.
- CENTONZE F., *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale: un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.
- CINGARI F., *La causalità psichica in ambito monosoggettivo*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di De Francesco G.-Piemontese C.-Venafro E., Torino, Giappichelli, 2010.
- CINGARI F., *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009.
- COCO P., *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, Jovene, 2008.
- COGNETTA G., *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1980.
- CORBETTA S., Sub Art. 113, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini E.-Gatta G.L., vol. I, IV ed., Milanofiori Assago, Ipsoa Wolters Kluver, 2015.
- CORBETTA S., Sub Art. 442 in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini E.-Gatta G.L., vol. I, IV ed., Milanofiori Assago, Ipsoa Wolters Kluver, 2015.
- CORBETTA S., Sub Art. 443, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini E.-Gatta G.L., vol. I, IV ed., Milanofiori Assago, Ipsoa Wolters Kluver, 2015.
- CORBETTA S., Sub Art. 444, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini E.-Gatta G.L., vol. I, IV ed., Milanofiori Assago, Ipsoa Wolters Kluver, 2015.
- CORBETTA S., Sub Art. 445, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini E.-Gatta G.L., vol. I, IV ed., Milanofiori Assago, Ipsoa Wolters Kluver, 2015.
- CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004.
- CORNACCHIA L., *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici*, in *Ind. pen.*, 2001.

- CORNACCHIA L., *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di Canestrari S.-Fornasari G., Bologna, Clueb, 2001.
- CRESPI A., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999
- D'ALESSANDRO F., Sub art. 40, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini E.-Gatta G.L., IV ed., Milanofiori Assago, Ipsa Wolters Kluwer, 2015.
- D'ALESSANDRO F., Sub art. 41, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini E.-Gatta G.L., IV ed., Milanofiori Assago, Ipsa Wolters Kluwer, 2015.
- DALIA A.A., *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Napoli, Jovene, 1975.
- DALL'ORA A., *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1950.
- DANNECKER G.-DANNECKER C., *Die ,Verteilung' der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen*, in *Juristenzeitung*, 2010.
- DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli, II ed., 2011.
- DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2001.
- DE FRANCESCO G.V., *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977/1978.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2012.
- DE VERO G., *Il rapporto di causalità tra condotta ed evento*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo F.-Paliero C.E., Torino, Giappichelli, 2010.
- DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930.
- DELL'ANDRO F., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1956.
- DELLA NEGRA F., *Tutela dell'affidamento e dichiarazioni precontrattuali*, nota a Cass. civ., sez. II, sent. 26 aprile 2012, n. 6526, in *Contratti*, 2013.
- DENCKER F., *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996.
- DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, Torino, 2003.
- DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra condizioni sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002.
- DI MARTINO A., *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di De Francesco G. in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo F.-Paliero C.E., vol. 2, Torino, Giappichelli, 2011.

- DI VICO P., *L'omesso impedimento di un evento*, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1933.
- DOLCINI E., *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, Giuffrè, 2011.
- DONINI M., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Dig. disc. Pen.*, Torino, Utet, 2010.
- DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento: nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006.
- DONINI M., *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, Cedam, 2003.
- DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
- DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991.
- DONINI M., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989.
- DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984.
- ENGISCH K., *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber*, a cura di Welzel H.-von Weber H., Bonn, 1963.
- EUSEBI L., *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.
- FEUERBACH P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, III ed., Giessen, 1805.
- FIANDACA G., voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, Utet, 1994.
- FIANDACA G., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. Pen.*, Torino, Utet, 1988.
- FIANDACA G., *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Foro it.*, 1983.
- FIANDACA G., *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982.
- FIANDACA G., *Omicidio colposo per imprudenza professionale di un giornalista (a proposito di una "sconcertante" sentenza emessa in Spagna)*, in *Foro it.*, 1982.
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979.

- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2014.
- IORE C.-IORE S., *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Torino, Utet, 2016.
- IORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.
- FISCHER T., Sub § 13, in *Kommentar zum StGB und Nebengesetzen*, LIX ed., München, Beck, 2012.
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990.
- FRANZONI M., *L'illecito*, Milano, 2004.
- FREUND G., Sub § 13, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di Joecks W.-Miebach K., II ed., München, Beck, 2012.
- FREUND G., *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, Köln, C. Heymanns, 1992.
- GAEDE K., Sub §263, in *AnwaltKommentar StGB*, a cura di Leipold K.-Tsambikatkis M.-Zöller M.A., Karlsruhe, C.F. Müller, 2010.
- GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1999.
- GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964.
- GALLO M., voce *Colpa penale. Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960.
- GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1957.
- GALLO M., *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, in *Studi urbinati. Rivista di scienze giuridiche ed economiche*, 1948/49-1949/50.
- GALLUCCIO A., *La sentenza d'appello sul caso del terremoto dell'Aquila*, in *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2015.
- GALLUCCIO A., *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale. Nesso causale ed addebito di colpa nella sentenza "Grandi Rischi"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014.
- GAND M., *Du délit de commission par omission: essai de théorie pénale*, Paris, 1900.
- GARGANI A., *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000.
- GIOVAGNOLI R., *Il concorso colposo del lavoratore infortunato tra principio di affidamento e interruzione del nesso causale*, nota a Cass. pen., sez. IV, sent. 3 giugno 1999, n. 12115, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000.
- GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.
- GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993.



- GIZZI L., *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2005.
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1983.
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1947.
- GRISPIGNI F., *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934.
- GROSSO F.-PELISSERO M.-PETRINI D.-PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2013.
- GRÜNEWALD A., *Zivilrecht begründete Garantenpflichten im Strafrecht?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.
- GRÜNWALD G., *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1958.
- HART H.L.A.-HONORÉ T., *Causation in the law*, Oxford, 1959.
- HERZBERG R.D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, De Gruyter, 1972.
- HONIG R., *Die Intimsphäre als Kriterium strafbaren Begehens durch Unterlassen*, in *Festschrift für Friederich Schaffstein zum 70. Geburtstag*, a cura di Grünwald G. et al., Göttingen, Schwartz, 1975.
- INGRASSIA A., *La sentenza della Cassazione sul caso Google*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2014.
- INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol *Aggiornamento*, Torino, Utet, 2000.
- INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol II, Torino, Utet, 1988.
- IZZO U., *Pericoli lungo le aree sciabili e responsabilità extracontrattuale del gestore*, nota a *Cass. civ.*, sez. III, sent. 19 febbraio 2013, n. 4018, in *Danno e resp.*, 2013.
- JAKOBS G., *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 1995.
- JAKOBS G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II ed., Berlin, De Gruyter, 1991.
- JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

- JESCHECK H.H., *Probleme des unechten Unterlassungsdelikts in rechtsvergleichender Sicht*, in *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrechts*, 1993.
- JESCHECK H.H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, III ed., Berlin, 1978.
- JESCHECK H.H.-GOLDMANN H.G., *Die Behandlung die unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1965.
- KAUFMANN A., *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, in *Juristische Schulung*, 1961.
- KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Schwartz, 1959.
- KINDHÄUSER U., Sub § 13, in *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, V ed., Nomos, Baden-Baden, 2013.
- KISSIN S., *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten*, Breslau, 1933.
- KUDLICH H., Sub § 13, in *StGB Kommentar*, a cura di Satzger H.-Schmitt B.-Widmaier G., I ed., Köln, C. Heymanns, 2009.
- KÜHL K., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, VII ed., München, Vahlen, 2012.
- KÜHL K., *Die Übernahme von Beschützer- und Überwachungsgarantenstellungen*, in *Höchststrichterliche Rechtsprechung – Internet Zeitschrift*, 2008.
- LATAGLIATA A.R., voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962.
- LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999.
- LUDEN H., *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht*, 2. Band, *Über den Tatbestand des Verbrechens*, Göttingen, 1840.
- MAIWALD M., *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, in *Juristische Schulung*, 1981.
- MALIZA S., voce *Ammutinamento, rivolta e sedizione militare*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, Cedam, 2017.
- MANTOVANI F., *Il principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.
- MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- MANTOVANI F., *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936.

- MANTOVANI M., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.
- MANTOVANI M., *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, Giuffrè, 1997.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, a cura di Nuvolone P.-Pisapia G.D., V ed., Torino, Utet, 1981.
- MARINI G., voce *Condotta*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, Utet, 1989.
- MARINUCCI G., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012.
- MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991.
- MARINUCCI G., *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in *La questione criminale*, Bologna, Il Mulino, 1981.
- MARINUCCI G., *Il reato come «azione». Critica di un dogma*, Milano, Giuffrè, 1971.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965.
- MARINUCCI G., *Probleme der Reform des Strafrechts in Italien*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1982.
- MARINUCCI G., voce *Crollo di costruzioni*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1962.
- MARINUCCI G., voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1961.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2001.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2018.
- MARINUCCI G.-MARRUBINI E., *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi romana*, 1968.
- MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, Jovene, 2013.
- MATTHEUDAKIS M.L., *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, nota a Cass. pen., sez. IV, sent. 30 gennaio 2008, n. 8615, Mariotti, in *Cass. pen.*, 2010.
- MAURACH R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I ed., Karlsruhe, 1958.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, Giuffrè, 1983.

- MEZGER E., *Strafrecht. Ein Studienbuch*, München-Berlin, 1955.
- MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione. Il nesso causale: fenomenologia causale nella responsabilità penale per omissione*, Padova, Cedam, 2002.
- MORGANTE G., *Le posizioni di garanzia nella prevenzione antinfortunistica in materia di appalto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- MÜHE C., *Mobbing am Arbeitsplatz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007.
- NAGEL E., *La struttura della scienza: problemi di logica nella spiegazione scientifica*, Milano, Feltrinelli, 1968.
- NAGLER J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in *Der Gerichtssaal*, 1938.
- NEPPI MODONA G., *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democrazia e dir.*, 1977.
- NICOLOSI, voce *Omesso impedimento di reati militari*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994.
- NUVOLONE P., *Il diritto penale della stampa*, Padova, Cedam, 1971.
- ONDEI E., *Correità e rapporto di causalità*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1946.
- OSNABRÜGGE S.A., *Die Beihilfe und ihr Erfolg: zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB*, Berlin, 2002.
- OTTO H.-BRAMMSEN J., *Die Grundlagen der Strafrechtliche Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, in *Juristische Ausbildung*, 1985.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, XI ed., Milano, Giuffrè, 2017.
- PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.
- PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro: profili generali*, Milano, Franco Angeli, 1983.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale.*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003.
- PAGLIARO A., *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.
- PAGLIARO A., voce *Favoreggiamento*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1961.
- PALAZZO F., *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, Giappichelli, 1993.
- PALIERO C.E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992.
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, Torino, Utet, 1967.

- PANNAIN R., *Struttura del reato*, Milano, Vallardi, 1958.
- PAPA M., *Concorso di persone nel reato*, in *Dizionario sistematico di diritto penale*, a cura di Giunta F., Milano, Il Sole 24 Ore, 2008.
- PATERNITI C., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. Giur.*, Roma, Treccani, 2008.
- PAWLIK M., *Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1999.
- PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962.
- PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. eco*, 1988.
- PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, Priulla editore, 1952.
- PERDOMO TORRES J.F., *Garantenpflichtungen aus Vertrautheit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.
- PERIN A., *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012.
- PETRINI D., *Concorso colposo della vittima e infortunio sul lavoro*, nota a Cass. pen., sez. IV, sent. 15 ottobre 1979, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.
- PHILIPPS L., *Der Handlungsspielraum*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1974.
- PICCININO R., *I delitti contro la salute pubblica*, Torino, Utet, 1969.
- PIERGALLINI C., *Natura commissiva od omissiva della causalità e relative conseguenze*, in *Danno e resp.*, 2009.
- PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell'età penale del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005.
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffrè, 2004.
- PIGHI G., *La Cassazione e l'incerta autonomia della cooperazione colposa*, in *Cass. pen.*, 2005.
- PISANI N., *Profili penalistici del reato unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008.
- PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni: posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè, 2003.
- PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993.
- PUGLIATTI S., voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959.

- PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2017.
- PULITANÒ D., *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010.
- PULITANÒ D., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 5.
- PULITANÒ D., *Il favoreggiamento personale fra diritto penale e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1984.
- RADBRUCH G., *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Festgabe für Frank*, a cura di Hegler A., vol. I, Tübingen, 1930.
- RADBRUCH G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904 (rist. 1967).
- RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, a cura di Guerrini R., VI ed., Torino, Giappichelli, 2017.
- RANJERI E., *L'ambigua nozione di prodotto difettoso al vaglio della Corte di Cassazione italiana e delle altre Corti europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2008.
- RENDE D., *Cooperazione in reato colposo e concorso di colpe*, in *Riv. Pen.*, 1936, p. 399.
- RINALDI R., *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 198.
- RINALDINI F., Sub Art. 110, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini E.-Gatta G.L., vol. I, Milanofiori Assago, Ipsoa Wolters Kluwer, 2015.
- RISICATO L., *Cooperazione in eccesso colposo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009.
- RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, Giappichelli, 2007.
- RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, Giuffrè, 2001.
- RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.
- RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione e reato commissivo. Genesis e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.
- RISICATO L., *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988.
- ROGALL K., *Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1986.

- ROMANO B., nota a Cass. pen., sent. 19 luglio 2011, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012.
- ROMANO M., Pre art. 39, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, I ed., Milano, Giuffrè, 1987.
- ROMANO M., Pre art. 39, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, Giuffrè, 2004.
- ROMANO M., Sub Art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, Giuffrè, 2004.
- ROMANO M., Sub Art. 41, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, Giuffrè, 2004.
- ROMANO M.-GRASSO G., Sub art. 110, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed., Milano, Giuffrè, 2012.
- ROMANO M.-GRASSO G., Sub art. 113, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed., Milano, Giuffrè, 2012.
- RONCO M., *Interruzione del nesso causale e principio di offensività*, in *Dir. pen. proc.*, 2007.
- RONCO M., *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004.
- RONCO M., *L'azione «personale». Contributo all'interpretazione dell'art. 27, primo comma Costituzione*, Torino, 1984.
- RÖNNAU T., nota a BGH, 24 luglio 2003, 3 StR 153/03, in *Juristische Rundschau*, 2004.
- ROSIN G., *Obblighi di impedire reati, obblighi di impedire l'evento, obblighi di impedire fatti rivolti contro l'ordine pubblico militare*, in *Rass. giust. mil.*, 1983.
- ROXIN C., *Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2009.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H. Beck, München, 2003.
- RUDOLPHI H.J., in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di H.J. Rudolphi, F. Horn, E. Samson, H.L. Schreiber, vol. I, *Allgemeiner Teil*, II ed., Frankfurt am Main, 1977.
- RUDOLPHI H.J., Vor 1/79, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di Rudolphi H.J., Frankfurt a.M., 1975.

- RUSSO R., *L'onere dell'automobilista di prevedere le altrui condotte irregolari. Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, nota a Cass. 8 ottobre 2009, Minunno, in *Cass. pen.*, 2010.
- SALE C., *La condotta medica tra azione ed omissione*. in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2011.
- SALVI C., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica G.-Zatti P., Milano, Giuffrè, II ed., 2005.
- SAMSON E., *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt am Main, 1972.
- SCARANO L., voce *Condotta*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. III, Torino, Utet, 1967, p. 1164.
- SCHABAS W.A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SCHAFFSTEIN F., *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf, W. Gleispach*, Berlin, Leipzig, 1936.
- SCHMIDHÄUSER E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II ed., Tübingen, 1975.
- SCHMIDT E., *Soziale Handlungslehre*, in *Festschrift für Karl Engisch*, a cura di Bockelmann P. et al., Frankfurt a.M., 1969.
- SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, München-Berlin, 1954.
- SCHULTZ M., *Amtswalterunterlassen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984.
- SCHÜNEMANN W.B., *Zur Garantstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, a cura di Böse M.-Sternberg-Lieben D., Berlin, Duncker & Humblot, 2009.
- SCHÜNEMANN B., *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, in *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, a cura di Gimbernat E.-Schünemann B.-Wolter J., Heidelberg, 1995.
- SCHÜNEMANN W.B., *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1984.
- SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, C. Heymanns, 1979.
- SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971.
- SEEBODE M., *Zur gesetzlichen Bestimmtheit des menschlichen Unterlassungsdelikts*, in *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, a cura di Seebode M., Berlin, De Gruyter, 1992.



- SEELMANN K., *Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1989.
- SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983.
- SERENI A., *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, Cedam, 2000.
- SERRAINO M., *La responsabilità penale del genitore per omesso impedimento della violenza sessuale in danno di figli minori*, in *Foro it.*, 2005.
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, Giuffrè, 1989.
- SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975.
- SINISCALCO M., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. del diritto*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 1960.
- SPANGENBERG E.P.J., *Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1820.
- SPASARI M., voce *Condotta (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1961.
- SPASARI M., voce *Agevolazione*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958.
- SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, Giuffrè, 1957.
- SPASARI M., *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, Giuffrè, 1956.
- STELLA F.-D'ALESSANDRO F., Sub Art. 40, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Forti G.-Seminara S.-Zuccalà G., VI ed., Padova, Cedam, 2017.
- STELLA F., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005.
- STELLA F., *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi*, in *I saperi del giudice: la causalità e il ragionevole dubbio*, a cura di Stella F., Milano, Giuffrè, 2004.
- STELLA F., *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003.
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000.
- STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988.
- STELLA F., *La descrizione dell'evento*, Milano, Giuffrè, 1970.

- STELLA F.-PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci nelle società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1990.
- STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, Cedam, 1981.
- STRATENWERTH G.-KUHLEN L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, VI ed., München, Vahlen, 2011.
- STREE W.-BOSCH N., sub § 13, in A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, a cura di Lenckner T.-Eser A.-Stree W.-Eisele J.-Heine G.-Perron W.-Sternberg-Lieben D., XXVIII ed., München, Beck, 2010.
- STREE W., *Garantenstellung kraft Übernahme*, in *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, a cura di Geerds F.-Naucke W., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- TASSONE B., *Mancato uso delle cinture di sicurezza, colpa omissiva del conducente e apportioning of liability*, in *Danno e resp.*, 2004.
- TRIFFERER O.-ARNOLD R., *Article 28*, in *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, a cura di Trifferer O.-Ambos K., München, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016.
- VALORE P., *Responsabilità civile e 'stretta di mano': la necessità dell'elemento soggettivo dell'illecito*, in *Giur. it.*, 2015.
- VANNINI O., *L'evento colposo come condizione di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1932.
- VANNINI O., *È ammissibile la partecipazione colposa al reato colposo?*, in *Rivista penale*, 1925.
- VANNINI O., *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, Athenaeum, 1916.
- VASSALLI G., *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991.
- VECCHIO A., *Cooperazione colposa e morte di uno dei concorrenti (nota a sentenza trib. Siracusa, 3 marzo 1951, Randazzo)*, in *Riv. Pen.*, 1956.
- VENDITTI R., *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1995.
- VENEZIANI P., *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013.
- VENEZIANI P., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E.-Paliero C.E., vol. II, Milano, Giuffrè, 2006.

- VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti colposi*, diretto da Marinucci G.-Dolcini E., vol. III, tomo II, Padova, Cedam, 2003.
- VENEZIANI P., *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003.
- VENEZIANI P., *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998.
- VENEZIANI P., *La responsabilità penale per omesso impedimento di infortuni sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998.
- VENTURA L., Sub art. 54 Cost., in *Commentario della Costituzione, Rapporti politici*, Art. 53-54, a cura di Branca G.-Pizzonusso A., Bologna-Roma, 1994.
- VEUTRO V., *Diritto penale militare*, in *Manuale di diritto e di procedura penale militare*, a cura di Landi G.-Veutro V.-Stellacci P.-Verri P., Milano, Giuffrè, 1976.
- VIGANÒ F., *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.
- VIGANÒ F., *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corriere del Merito*, 2006.
- VINCIGUERRA S., *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a un reato proprio (in tema di concorso del custode alla sottrazione di cose pignorate commessa dal proprietario)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967.
- VITARELLI T., *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, Giuffrè, 2008.
- VOGEL J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993.
- VON COELLN S., *Das „rechtliche Einstehenmüssen" beim unechten Unterlassungsdelikt*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008.
- VON LISZT F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1914.
- WEBER U., *Garantenstellung kraft Sachherrschaft?*, in *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, a cura di Herzberg R.D., 1985.
- WEIGEND T., sub § 13, in *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, a cura di Laufhütte H.W.- Rissing-van Saan R.-Tiedemann K., XII ed., Berlin, De Gruyter, 2006.
- WELP J., *Vorangegangenen Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968.

WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht*, XI ed., Berlin, 1969.

WESSELS J.-BEULKE W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Straftat und Ihr Aufbau*, XLII ed., Müller, Karlsruhe, 2012.

ZAGREBELSKY V., *Reato continuato*, Milano, Giuffrè, 1970.

